Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung zu anderen Rechtsbehelfen

unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der Rechtsmängelhaftung beim Kauf zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Nüchterlein

Gerichtsreferendar aus Fürth i. Bay.

Approbation: 23. Mai 1939.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck

1939

1939 №175

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Eugen Locher.

Dem Gedächtnis meines im Weltkrieg gefallenen Vaters

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

1. Teil.

Die Tatbestände der Rechtsmängelhaftung beim Kauf und bei der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. . . 2

A. Objektive Voraussetzungen 2

§ 2. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung lastenfreien Eigentums an dem Kaufgegenstand; Rechte Dritter im Sinn des § 434 BGB. 2

§ 3. Die Sonderregelung des § 436 BGB. 10

§ 4. Die Haftung für den Bestand eines verkauften Rechts . 13

§ 5. Der Begriff „Sache" im Sinn des § 119 Abs. 2 BGB. . 18

§ 6. Eigenschaften 25

§ 7. Die Verkehrswesentlichkeit von Eigenschaften . . . 38

§ 8. Zeitliche Voraussetzungen 43

B. Subjektive Voraussetzungen 48

§ 9. Unkenntnis und Irrtum des Käufers 48

2. Teil.

Die Folgen der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung 53

§ 10. Die Einschränkung der Rechtsmängelhaftung durch den Grundsatz des gutgläubigen Erwerbs. Die Klage auf Erfüllung. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags . . 53

§ 11. Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung . . , 56

§ 12. Das nachträgliche Unvermögen und die nachträgliche Unmöglichkeit 60

§ 13. Der Verzug des Verkäufers 65

§ 14. Die Besonderheiten beim Kauf beweglicher Sachen . . 66

§ 15. Die Folgen des Rücktritts 68

§ 16. Die Folgen der Anfechtung 69

§ 17. Zeitliche Begrenzung der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung 73

3. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung beim Kauf zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. . . . 75

Seite

§ 18. Vergleich der Tatbestände 75
§ 19. Vergleich der Rechtsfolgen 90
§ 20. Eigene Stellungnahme. Ausnahmen von dem Grundsatz der wahlweisen Vereinbarkeit beider Rechtsbehelfe . 94
§ 21. Die Ansichten in der Literatur und Rechtsprechung . 103

4. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung beim Kauf zu anderen Rechtsbehelfen außer § 119 Abs. 2 BGB. . 111
§ 22. Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung zur Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 1 BGB. und wegen arglistiger Täuschung, zu Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, schuldhaftem Verhalten des Verkäufers und mangelnder Geschäftsgrundlage 111

5. Teil.

Rechtsmängelhaftung und andere Rechtsbehelfe außerhalb des Kaufs 120
§ 23. Rechtsmängelhaftung und andere Rechtsbehelfe bei Miete und Schenkung 120

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin und Leipzig 1937. 14. Aufl.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten mit Erläuterungen von Rehbein, Berlin 1894. 5. Aufl.

Baumbach, Zivilprozeßordnung, München, Berlin 1937. 13. Aufl.

Behling, Johann, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel, Diss. Marburg 1917.

v. Blume, Das Verhältnis des Anfechtungsrechtes zum Wandlungsrechte beim Kauf- und Mietvertrage in Recht 07, 351 ff.

Burchard- de Boor, Bürgerliches Recht, Berlin 1930.

Code civil, Petite Collection Dalloz, Paris, 1908. 7. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, 1900. 3. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1900.

Danz, Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. in I. J. 46, 381 ff.

Dietz, Rolf, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934.

Düringer, Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren in DJZ. 05, 373 ff.

— „Sache" im Sinne des BGB. in LZ. 18, 79 ff.

Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kauf in Gruchot 50, 494 ff.

Eckstein, Ernst, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung in Archiv Bürgerl. Recht 37, 390 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1903. 9. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg 1928/30. 11./12. Bearbeitung.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1932. 14. Aufl.

Fuchs, Ernst, Die „Sache" im Sinn des BGB. und anderer Gesetze, in LZ. 18, 297 ff.

Gaupp-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen 1934. 15. Aufl.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, München-Leipzig. 1917.

Gmelin, Zur Rechtsprechung über die „wesentlichen Eigenschaften" im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB., in Recht 07, 749 ff.

v. Godin-Wilhelmi, Aktien-Gesetz, Berlin-Leipzig. 1937.

Gschnitzer, Wesentlich und unwesentlich im BGB. in Arch. ziv. Prax. 121, 199 ff.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Heinecke, Das Verhältnis des Wandlungsanspruchs zur Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums. Diss. Leipzig 1907.

Herberg, Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf, Diss. Köln 1930.

Hillebrandt, Begriff der Eigenschaft, Diss. Breslau 1909.

Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1929. 6. Aufl.

Kiehl, Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses in JW. 14, 497 ff.

Kisch, Wilhelm, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900.

Klee, Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach § 440 BGB. Diss. Göttingen 1935.

Korintenberg-Wenz, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Köln 1935. 6. Aufl.

Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, München-Berlin 1934.

Krücken, Anfängliches Unvermögen und § 440 BGB., Diss. Köln 1933.

Krückmann, Wandelung und Anfechtung bei dem Kaufe in Archiv ziv. Praxis 98, 420 ff.

— Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, in Archiv ziv. Praxis, 101, 393 ff.

Larenz, Vertrag und Unrecht 1936.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Leipzig 1912.

Leonhard, Franz, Besonderes Schuldrecht, München u. Leipzig 1931.

Lippmann, Studien zu § 119 Abs. 2 BGB. in Arch. ziv. Prax., 102, 283 ff.

Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck in Arch. ziv. Prax. 121, 1 ff.

Meisner, Das BGB. für das Deutsche Reich, Breslau 1898.

Meyer, H., Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften einer Sache in Recht 05, 674 ff.

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, Bln. 1932. 4. Aufl.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1896.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.

Müller, E., Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? In Recht 02, 541 ff.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1927/1929. 3. Aufl.

Palandt, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin u. Mchn. 1939.

Planck, Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin und Leipzig 1928, (1913, 1930). 4. Aufl.

Plum, Keine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei Sachmängeln? In JW. 36, 1312 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, Berlin 1897.

Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin u. Leipzig 1934. 8. Aufl.

Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.

Roth, A., Irrtum und Gewährleistung in LZ. 19, 617 ff.

Schefold, Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften der Sache in Arch. ziv. Praxis 109, 256 ff.

Schlegelberger-Quassowski, Aktien-Gesetz, Berlin 1937. 2. Aufl.

Schmidt, Rudolf, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander. Diss. Bonn 1910.

Schneider, K., Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung in Arch. ziv. Praxis 97, 142 ff.

Schreiber, Abhängigkeit des Erfüllangsgeschäfts vom obligatorischen Vertrag bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften in Gruchot 52, 515 ff.

Schröder, Wolfgang, Die Sachmängelrechte des Käufers im System unseres Rechts, Diss. Erlangen 1935.

v. Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1933. 12. Aufl.

Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1931.

Soergel, Bürgerl. Gesetzbuch, Stuttgart 1926. 3. Aufl.

Starck, M., Ist die Anfechtung nach § 123 BGB. ausgeschlossen, wenn wegen arglistigen Verschweigens eines Sachmangels die Wandelungsklage nach §§ 459, 480 BGB. möglich und gegeben ist? In LZ. 18, 247 ff.

v. Staudinger, Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, München-Berlin-Leipzig 1936. 10. Aufl.

Steiner, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Mnchn.-Bln.-Leipzig 1935. 5. Aufl.

Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, Berlin 1937.

Tiße, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerl. Recht, Leipzig 1900.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerl. Rechts, Mchn. Leipzig 1914.
— Irrtum über die Grundlage des Vertrages in LZ. 21, 153 ff.
Warneyer. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen 1930. 2. Aufl.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1938. 7. Aufl.
Wilhelmi, Zwangsversteigerungsgesetz, München und Berlin 1934.
Wolzendorff, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr in I. J. 64, 311 ff.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Bayer. Notariatszeitung.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Das Recht.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Richterzeitung.
Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Höchstrichterliche Rechtsprechuug.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht.
Seufferts Archiv.
Soergel, Rechtsprechung.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0012

Einleitung.

§ 1.

Zu den zahlreichen wissenschaftlichen Streitfragen, die sich aus der Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches ergeben, gehört das Gebiet der Gesetzeskonkurrenz und der Anspruchskonkurrenz.

Besonders umstritten ist die Frage, ob dem Käufer neben den sich aus der Sachmängelgewähr ergebenden Rechten der §§ 459 ff. BGB. noch andere Rechtsbehelfe zur Seite stehen. Vor allem hat das Verhältnis des Wandelungsanspruchs zur Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Kaufsache Anlaß zu einem lebhaften Meinungsaustausch gegeben [1]). Demgegenüber ist die Frage, ob der Käufer beim Vorliegen eines Rechtsmangels nur auf die Rechte der Rechtsmängelgewähr nach §§ 434 ff. BGB. angewiesen ist oder ob er auch noch andere Rechtsbehelfe geltend machen kann, verhältnismäßig unbeachtet geblieben. Schuld an diesem Umstand mag vor allem die Tatsache sein, daß die Konkurrenz anderer Rechtsbehelfe im Gebiet der Rechtsmängelhaftung, die durch den Grundsatz des gutgläubigen Erwerbs weitgehend eingeschränkt ist, praktisch weniger wichtig ist als bei der Sachmängelhaftung. Trotzdem ist das bei den Sachmängeln so umkämpfte Problem auch im Verhältnis zur Rechtsmängelgewähr nicht völlig bedeutungslos. Die vorliegende Arbeit soll daher einen Beitrag leisten zur Klärung der Frage, ob für den Käufer neben den Rechten der §§ 434 ff. BGB. noch sonstige Rechtsbehelfe gegeben sind. Eine eingehendere Untersuchung soll hierbei vor allem dem Verhältnis der Rechts-

1) Vgl. § 21 d. Arb.

mängelhaftung beim Kauf zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. gewidmet sein.

Freilich wird durch eine derartige Abgrenzung nicht das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung überhaupt zu anderen Rechtsbehelfen erschöpfend behandelt; denn es gibt auch außerhalb des Kaufes Bestimmungen, die sich mit der Rechtsmängelgewähr befassen (z. B. §§ 523, 526, 541, 600, 757, 1624 Abs. 2, 2165, 2182, 2376, 2385 BGB.). Diese Vorschriften bauen aber alle auf der bei dem Kaufvertrag getroffenen Regelung auf und bringen zum Teil nur Abwandlungen der für den Kauf festgelegten Grundsätze. Daher soll das Verhältnis der sonstigen Rechtsmängelbestimmungen zu anderen Rechtsbehelfen nur teilweise kurz gestreift werden. Das Schwergewicht bleibt bei den entsprechenden Vorschriften des Kaufvertrags und ihrem Verhältnis zur Irrtumsanfechtung.

Die Entscheidung, ob zwischen verschiedenen Gesetzesbestimmungen irgendein Rangverhältnis besteht, kann sich nur ergeben aus einem Vergleich der Tatbestände und der aus diesen enstehenden Rechtsfolgen. Erst dann kann entschieden werden, ob die eine Gesetzesbestimmung der anderen weichen muß oder ob beide gleichmäßig nebeneinander zur Anwendung kommen können. Nach dieser Erkenntnis richtet sich notwendig der Aufbau der Arbeit.

I. Teil.

Die Tatbestände der Rechtsmängelhaftung beim Kauf und bei der Irrtumsanfechtung.

A. Objektive Voraussetzungen.

§ 2. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung lastenfreien Eigentums an dem Kaufgegenstand. Rechte Dritter im Sinn des § 434 BGB.

1. Durch den Abschluß des Kaufvertrags wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache zu über-

geben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen (§ 433 BGB.). Ist ein Recht verkauft, so muß dieses dem Käufer verschafft werden. (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB.). Die sich hieraus ergebende Verpflichtung des Verkäufers geht bewußt über die gemeinrechtliche Auffassung, nach der der Verkäufer nur für den ungestörten Genuß der Kaufsache einzustehen hatte (rem habere licere), hinaus. Sie entspricht dagegen der bereits im ALR. I, 11 § 1 und in dem Code civil Art. 1582, 1583 zum Ausdruck gekommenen Anschauung[1]). Der Ausdruck „verschaffen" besagt, daß der Verkäufer verpflichtet ist, alles zu tun, um den Käufer zum Eigentümer zu machen. Er muß also alle Handlungen und Erklärungen vornehmen, welche für die Uebertragung des Eigentums notwendig sind. Daraus ergibt sich, daß der Verkäufer zu Leistungen verpflichtet ist; seine Pflicht zur Eigentumsverschaffung ist eine Leistungs-, keine bloße Garantie- oder Gewährleistungspflicht[2]). Die gegenteilige Ansicht Leonhards[3]), der nur eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers annimmt, übersieht, daß das Gesetz bewußt den Grundsatz der Eviktionshaftung verlassen hat. In den Protokollen[4]) heißt es: „Der Käufer darf vielmehr davon ausgehen, daß ihm das Recht an dem Kaufgegenstand, welches er erwerben will, auch

1) Mugdan, Denkschrift S. 1243; vgl. ALR. I, 11 § 1: „Das Kaufgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums einer Sache; und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür, sich verpflichtet. Code civil Art. 1582: „La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer". Art. 1583: „Elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

2) Staudinger, BGB., § 433 Anm. 101; RGRKom.. BGB., § 433, 8b; Planck, BGB., § 433, 6b; Oertmann, BGB., § 433, 2a β; Mot. II, 216; Klee, Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach § 440 BGB., S. 9, 12, 17. A. A.: Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 35 ff., teilweise auch Eccius in Gruch. 50/494 ff. (499).

3) Leonhard, a.a.O.

4) Prot. I, S. 662.

wirklich verschafft wird, er hat nicht nötig abzuwarten, bis ihm ein Nachteil entstanden ist.“ Damit ist aber unzweideutig ausgesprochen, daß der Verkäufer zu konkreten Leistungshandlungen verpflichtet ist, um den Erfolg, nämlich die Eigentumsverschaffung, herbeizuführen.

2. Erfüllt der Verkäufer die ihm hiernach obliegenden Verpflichtungen nicht und verschafft er dem Käufer kein oder kein lastenfreies Eigentum, so liegt eine rechtsmangelhafte Leistung vor. Er hat also dem Käufer nicht nur das Eigentum oder bei Kauf eines Rechtes dieses Recht zu verschaffen. Er muß außerdem dafür einstehen, daß der Kaufgegenstand frei ist von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434 BGB.).

Die dem Verkäufer nach § 434 BGB. obliegende Verpflichtung bezieht sich auf Kaufgegenstände aller Art. Während in § 433 BGB. zwischen dem Kauf einer Sache und eines Rechts unterschieden wird, spricht § 434 BGB. umfassend vom „Gegenstand“. Daraus ergibt sich schon dem Wortlaut nach, daß nicht nur Sachen, sondern auch Rechte (dazu gehören auch Forderungen) unter die Vorschrift des § 434 BGB. fallen[1]).

Gleichzeitig liegt in dieser Regelung eine wichtige Unterscheidung gegenüber der Sachmängelhaftung. Während sich die Rechtsmängelhaftung auch auf verkaufte Rechte erstreckt, sind die §§ 459ff. BGB. auf den Verkauf von Sachen beschränkt. Das ist eine Folgerung, die sich schon aus den Begriffen „Sache“ und „Recht“ ergibt. Ein Mangel, der an einem Recht besteht, ist notwendigerweise ein Rechtsmangel; seine Einreihung in die Sachmängel könnte letzten Endes nur auf eine Vermengung beider Begriffe hinzielen. Theorie und Praxis haben bei den Sachmängeln überwiegend lediglich eine ausdehnende Auslegung auf solche Güter, die weder Rechte noch Sachen

1) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 1; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 2; Oertmann, a.a.O., § 434 Anm. 2; Herberg, Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf, S. 15.

sind, z. B. Kauf eines Geschäftsunternehmens, einer Kundschaft, eines Fabrikationsgeheimnisses anerkannt[1]). Eine analoge Anwendung der §§ 459 ff. BGB. auf den Kauf von Rechten wurde dagegen ständig abgelehnt[2]). Allerdings ist zuzugeben, daß diese Unterscheidung zwischen Sachmängel- und Rechtsmängelhaftung nicht immer mit genügender Deutlichkeit gemacht worden ist[3]). Im Rahmen

---

1) Staudinger, a.a.O., § 459 Anm. 3; Planck, a.a.O., § 459 Anm. 1a; Oertmann, a.a.O., § 459 Anm. 1b; RG. 67/86 ff. (88); Warneyer 35/54.

2) Staudinger, a.a.O., § 459 Anm. 2; Palandt, BGB., Vorbem. vor § 459 Anm. 3; Oertmann, a.a.O., § 459 Anm. 1b (analoge Anwendung nur, wenn das Recht ein sachliches Substrat besitzt). Vgl. im übrigen die Literatur bei Planck, a.a.O., § 459 Anm. 1a; RG. 63/37 ff. (60); vgl. auch RG. 157, 175 ff. (178); Recht 08, 1956; JW. 04, 403; JW. 09, 684; Warneyer 09, 529; 12/60; 15/275.

3) Vgl. Gruch. 48/340 ff. (343): Anwendung der §§ 459 ff. bei Hypothekenkauf. Die Vermischung beider Begriffe mag darauf zurückzuführen sein, daß die Abgrenzung zwischen Rechts- und Sachmängeln bisweilen Schwierigkeiten bereitet. Beispiele zu dieser wegen der verschiedenartigen Behandlung der Konkurrenzen auch für die vorliegende Arbeit nicht bedeutungslosen Frage: Aus der Rechtsprechung: Rechtsmängel sind: die Belastung eines Grundstücks mit einem Wegerecht (Recht 12, 1453), Baubeschränkungen infolge einer Grunddienstbarkeit (RG. 69/355 ff. (356), Recht (13, 1721), das Bestehen eines Miet- oder Pachtvertrages, (Recht 16, 1869, Warneyer 17, 100; OLG. 22/220), das Nichtbestehen zugesicherter Wasser-, Streu- und Sichelschlagrechte (OLG. 24/321) oder sonstiger mit dem Grundstück verbundener Rechte (RG. 93/71 ff. (73)), die Falschstempelung von Banknoten (RG. 108/316 ff. (318)), die Zubußepflichtigkeit von Kuxen (OLG. 38, 79; Recht 03, 2914), die Genehmigungspflicht der Reichsstelle für einzuführende Milcherzeugnisse (RG. 102/292 ff. (294)), das Beschlagnahmerecht der Polizei und des Staates (OLG. 40/292; RG. 96/77 ff. (80); 105/273 ff. (275); vgl. auch OLG. 8/58). Als Sachmängel wurden angesehen: die Nichtmarktfähigkeit gekauften Rindviehs infolge seuchenpolizeilicher Maßnahmen (Warn. 08/29), die Fälschung bestimmter ausländischer Banknoten (RG. 108/279 ff. (280)), die Vergällungspflichtigkeit von Spiritus (RG. 85/103 ff. (106)). Baubeschränkungen im öffentlichen Interesse wurden von der älteren Rechtsprechung (RG. 52/429; Recht 07, 3786; Warneyer, 08/201; JW. 09/132; Gruch. 47/833; OLG. 4/229; 24/319) als Rechtsmangel, von der neueren Rechtsprechung (RG. 69/356; 131/343 ff. (348/49); RG.

der hier zu lösenden Aufgabe genügt jedoch die Feststellung, daß die Rechtsmängelhaftung im Gegensatz zur Sachmängelhaftung alle Kaufgegenstände umfaßt. Sie erstreckt sich zudem nicht nur auf Sachen und Rechte, sondern ebenso wie die Sachmängelgewähr auch auf sonstige wirtschaftliche Güter. Schon die Protokolle haben eine derartige Auslegung anerkannt, indem sie betonen, daß auch andere Werte als Sachen oder Rechte den Gegenstand eines Kaufs bilden könnten, die frei von Rechten Dritter verschafft werden müßten[1]).

3. Kommt der Verkäufer seinen nach § 434 BGB. bestehenden Verpflichtungen nicht nach und überträgt er dem Käufer nicht das lastenfreie Eigentum oder das volle sonstige verkaufte Recht, so liegt ein Mangel im Recht, ein „Rechtsmangel" vor. Was versteht man nun unter einem Rechtsmangel im Sinn des § 434 BGB.? Das Gesetz selbst spricht von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Es muß sich also um Rechte handeln und zwar um Rechte, die dem Käufer gegenüber in Erscheinung treten. In erster

137/294 ff. (295); JW. 07/478; Recht 08/3570; 10/3906; Warneyer 11/17; 14/11; 14/215; Seuff. Arch. 63/39) dagegen als Sachmangel behandelt. Vgl. über die Frage außerdem Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 17; § 434 Anm. 23; § 437 Anm. 32; § 459 Anm. 44; Soergel, BGB., § 437 Anm. 7; Palandt, a.a.O., § 434 Anm. 2c; Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, § 26 Anm. 17 a. E., Leonhard, a.a.O., S. 31; Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 267/70; Behling, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel, S. 25. Für die Grenzziehung soll je nach den verschiedenen Auffassungen die Wirkung (Staudinger, a.a.O., § 459 Anm. 44) oder die Ursache des Mangels (Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 10; Leonhard, a.a.O., Behling, a.a.O.)., die Tatsache, ob die Kenntnis des Mangels durch den Besitz der Sache oder deren Vorgeschichte vermittelt wird, (Heck, a.a.O.) oder die Verkehrsanschauung maßgebend sein. Die neuere Rechtsentwicklung geht dahin, das Gebiet der Rechtsmängel zu Gunsten der Sachmängel einzuschränken.

1) Mugdan, Materialien, S. 765; vgl. auch Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 1 a; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 2; Oertmann, a.a.O., § 434 Anm. 3; Fuchs in LZ. 18/297 ff. (299); RG. 108, 103 ff. (106).

Linie sind hier zu erwähnen[1]) die dinglichen Rechte am Kaufgegenstand, z. B. Pfandrechte, Nießbrauchrechte, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Reallasten, dingliche Vorkaufsrechte, Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte an einem Grundstück[2]), endlich auch Grunddienstbarkeiten[3]). Der Verkäufer haftet jedoch nicht nur für dingliche Rechte, sondern auch für schuldrechtliche Ansprüche, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können[4]). Denn der Grundgedanke des § 434 besteht darin, dem Käufer das uneingeschränkte Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen; hierbei kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Rechtsstellung des Käufers durch dingliche oder durch obligatorische Rechte, sofern diese nur gegen ihn geltend gemacht werden können, beeinträchtigt wird. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In den Motiven[5]) werden bei der Besprechung des dem heutigen § 434 entsprechenden § 371 des ersten Entwurfs neben den dinglichen Rechten ausdrücklich die sonstigen auf die Sache oder das Recht sich beziehenden Rechte, die einem Dritten gegen den Erwerber zustehen, hervorgehoben. Unter den schuldrechtlichen Ansprüchen verdienen besondere Erwähnung die Miet- und Pachtrechte[6]), bei denen die Bestimmungen der §§ 571 und 581 Abs. 2 BGB. zu beachten sind.

Unter § 434 BGB. fallen auch Verlagsrechte, Lizenz-

1) Vgl. zu der ganzen Frage die Aufzählungen bei Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 10—14; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 3a—c.

2) Dafür, daß Vormerkungen hier den Rechten gleichzustellen sind, spricht auch § 439 Abs. 2 BGB.

3) Anders im römischen Recht, wo der Käufer den Verkäufer wegen einer Grunddienstbarkeit nur dann haftbar machen konnte, wenn er einen entsprechenden Vorbehalt gemacht hatte. Vgl. Herberg, a.a.O., S. 10, Anm. 10.

4) RG. 88/107; 105/390ff. (391); OLG. 22/220.

5) Mot. II, § 371 S. 214.

6) Staudinger, a.a.O., § 434, Anm. 11; Planck, a.a.O., § 434 Anm. 2c; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, § 160a Anm. 39; Warn. 10/106; JW. 14/922.

rechte und Urheberrechte, welche die Benutzung oder Verwertung der gekauften Sache beeinträchtigen[1]). Die Haftung des § 434 greift ferner ein, wenn über den Kaufgegenstand Veräußerungsverbote nach §§ 135, 136 BGB. verhängt sind, die zugunsten bestimmter Personen gegeben sind und die jede Verfügung über den Kaufgegenstand den geschützten Personen gegenüber unwirksam machen.[2]) Dagegen bewirken gewisse Veräußerungsverbote, die im öffentlichen Interesse gegen sind, (§§ 134, 309 BGB.) die Nichtigkeit des Kaufvertrags; von einer Anwendung des § 434 kann daher bei diesen keine Rede sein[3]). Ebenso fallen rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote, die nur die vereinbarenden Parteien verpflichten, aber nicht gegen Dritte wirken, nicht unter § 434, da durch sie die Stellung des Käufers nicht beeinträchtigt wird. Andererseits sind gewisse Verfügungsbeschränkungen, die sich aus gesetzlichen Vorschriften ergeben, z. B. aus dem Recht des Nacherben nach §§ 2113—2115 oder aus dem Recht der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung (§§ 1395 ff.) als Rechtsmängel anzusprechen[4]). Auch öffentliche Beschlagnahmerechte können einen Rechtsmangel nach § 434 BGB. begründen[5]). Nicht gehören hierher die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, z. B. Beschränkungen auf Grund des Nachbarrechts[6]). Der Grund hierfür liegt darin, daß diese Beschränkungen des Eigentums unmittelbar auf dem Gesetz selbst beruhen und somit von dem Verkäufer überhaupt nicht beseitigt werden können. Die Haftung des Verkäufers bezieht sich auch nicht auf sogen. öffentlich-

1) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 13; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 3b.

2) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 12; Planck, a.a.O., § 434 Anm. 2d; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 3b; JW. 12/188.

3) Staudinger, a.a.O.

4) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 12; RGRKom. a.a.O., § 434 Anm. 3a.

5) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 14; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 3c.

6) Pflicht zur Duldung eines Notwegs, Fensterrechte usw., Recht 07/1996; OLG. 22/239.

rechtliche Befugnisse. Vor allem ist hier zu beachten, daß es, wenn auch § 434 Gewährschaftsfolgen bei der Nichtverschaffung des uneingeschränkten Eigentums eintreten läßt, ein absolut unbeschränktes Eigentum gar nicht geben kann. Denn letzten Endes ist jedes Eigentum den Bestimmungen der Rechtsordnung und damit den im Interesse der Volksgemeinschaft bestehenden allgemeinen Beschränkungen unterworfen. Insbesondere können die den Polizeibehörden im Interesse des Gemeinwohls zustehenden Befugnisse nicht als Rechtsmängel aufgefaßt werden [1]).

4. Ein Rechtsmangel liegt nur dann vor, wenn es sich um Rechte Dritter handelt. Bei der Eviktionshaftung hatte die Existenz des Dritten, der gegen den Käufer irgend ein Recht geltend machen konnte, eine besondere Bedeutung. Denn der Käufer konnte ja nur dann seinerseits den Verkäufer haftbar machen, wenn der gekaufte Gegenstand eben von dem berechtigten Dritten „vindiziert" wurde. Demgegenüber geht die Haftung des BGB. wenigstens zunächst nicht von der Geltendmachung des Rechts durch einen Dritten, sondern von dem Bestand des Rechts selbst aus. Nicht die Tatsache, daß ein Dritter auf Grund seines Rechts gegen den Käufer vorgeht, sondern der Umstand, daß der Käufer nur ein mit dem Recht eines anderen belastetes Eigentum erhalten hat, bildet den Grund für die Rechtsmängelhaftung. Es ist demnach nur folgerichtig, wenn der Begriff des „Dritten" möglichst weit gefaßt wird. Denn entscheidend ist ja in der Tat nicht, ob ein Dritter vorhanden ist, sondern ob das Recht eines Dritten an dem Kaufgegenstand besteht. Andererseits ist es aber klar, daß das Bestehen eines Rechts auch notwendigerweise einen Träger dieses Rechts voraussetzt. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, ist es zu billigen, wenn zu den Rechten Dritter nicht nur Rechte eines außerhalb des Kaufvertrags Stehenden, sondern auch Rechte des

1) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 17; Herberg, a.a.O., S. 12.

Verkäufers und sogar des Käufers selbst gezählt werden[1]). Aber auch hier ist natürlich vorausgesetzt, daß diese Rechte trotz der Uebertragung des Eigentums auch dem neuen Eigentümer, also dem Käufer gegenüber, bestehen bleiben. Die Haftung des Verkäufers für Rechte des Käufers an dem Kaufgegenstand kann namentlich auch durch die Vorschrift des § 439 BGB. ausgeschlossen werden.

§ 3. Die Sonderregelung des § 436 BGB.

1. Eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 434 BGB. enthält die Bestimmung des § 436 BGB. Darnach haftet der Verkäufer eines Grundstücks nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Kauf von Grundstücken; sie wird jedoch auch bei dem Kauf eines Rechts an einem Grundstück entsprechende Anwendung finden können[2]).

Streit herrscht darüber, ob § 436 BGB. analog auch für den Kauf beweglicher Sachen zutrifft. Die Motive[3]) sprechen sich ausdrücklich gegen eine Ausdehnung der Vorschrift des § 436 BGB. auf bewegliche Sachen aus. Den Motiven folgend haben die meisten Schriftsteller eine entsprechende Anwendung des § 436 BGB. auf den Kauf beweglicher Sachen abgelehnt[4]). Dagegen wollen Crome[5])

---

1) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 5; Planck, a.a.O., § 434 Anm. 2a; RG. 59/400ff. (404/05), OLG. 8/60.

2) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 8; RGRKom., a.a.O., § 436 Anm. 1; Planck, a.a.O., § 436; Warneyer, a.a.O., § 436; Oertmann, a.a.O., § 436 Anm. 4.

3) Mot. II, 215: „Auch bei beweglichen Sachen, z. B. Schiffen, Buden, können öffentliche Abgaben vorkommen. Für sie gilt die Vorschrift des § 372 nicht".

4) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 9; RGRKom., a.a.O., Warneyer, a.a.O.; Planck, a.a.O.; Fischer-Henle, BGB., § 436, 1; RG. 105/390ff. (391/92).

5) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, § 218 Anm. 14.

und Leonhard[1]) das in § 436 ausgesprochene Prinzip verallgemeinern und auch auf den Kauf beweglicher Sachen ausdehnen. An sich spricht schon gegen eine derartige Auffassung nicht nur der klare Wortlaut, sondern auch die in den Motiven gegebene Erläuterung. Darüber hinaus liegt dem § 436 BGB. der Gedanke zugrunde, daß öffentliche Abgaben und andere nicht eintragungsfähige Lasten dem Käufer regelmäßig bekannt sind, sodaß sich eine Haftung des Verkäufers erübrigt. Mat hat allerdings geltend gemacht, daß dann § 436 ja überflüssig sei, da in diesem Fall eine Haftung des Verkäufers bereits durch § 439 BGB. ausgeschlossen werde[2]). Diese Ansicht übersieht jedoch, daß der Grund für § 436 nicht nur in der öffentlichen Kenntnis solcher Lasten liegt. Es gibt eine Reihe von Abgaben, z. B. Patronatsabgaben usw., deren Kenntnis bei dem Käufer in der Regel nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Aber auch gerade hier ist der Verkäufer gemäß § 436 BGB. von der Haftung befreit. Das Gesetz geht nicht nur von dem Grundsatz aus, daß dem Käufer derartige Lasten bekannt sind, sondern es legt ihm sozusagen die Verpflichtung auf, sich nach dem Bestehen öffentlicher Lasten und Abgaben zu erkundigen. Tut er das nicht, so kann er auf Grund der Rechtsmängelhaftung keine Rechte gegen den Verkäufer herleiten. Eine Pflicht des Käufers entsprechende Erkundigungen einzuziehen, kann aber nur bei Grundstückskäufen angenommen werden. Es geht nicht an, eine ähnliche Verpflichtung auch bei dem Kauf beweglicher Sachen vorauszusetzen. Man stelle sich vor, daß sich der Käufer bei den vielfachen Geschäften des täglichen Lebens stets nach öffentlichen Abgaben und Lasten, die möglicherweise auf der Sache ruhen könnten, erkundigen müßte! Das aber wäre die logische Folgerung, wenn man § 436 BGB. entsprechend auch bei beweglichen Sachen anwenden würde.

1) Leonhard, a.a.O., S. 34; zweifelnd Oertmann, a.a.O., § 436 Anm. 4.

2) Behling, a.a.O., S. 26.

Wenn daher auch eine Ausdehnung des § 436 BGB. auf bewegliche Sachen abgelehnt werden muß, so wird doch oft auf Grund des § 439 auch in den nicht von § 436 betroffenen Fällen die Haftung des Verkäufers für öffentliche Lasten und Abgaben in Wegfall kommen. Gerade das von Crome[1]) benannte Beispiel, daß sonst schließlich der Verkäufer auch noch die Hundesteuer zu bezahlen habe, beweist dies. Denn gerade hier kann davon ausgegangen werden, daß die Verpflichtung zur Entrichtung der Hundesteuer jedem Käufer bekannt ist; dann haftet aber der Verkäufer hierfür ebenfalls nicht (§ 439 BGB.). Das Ergebnis ist also das gleiche, wie wenn man, fast möchte man sagen gewaltsam, den § 436 BGB. zur Anwendung gebracht hätte.

2. Welche Abgaben und Lasten unter § 436 fallen, bestimmt sich nach Reichsrecht, bezw. nach den heute noch geltenden Bestimmungen der einzelnen Länder. Die Vielzahl der früher hier aufzuführenden Gesetze wird im Zuge der Vereinheitlichung unseres Rechts im Laufe der Zeit schwinden, sodaß sich eine ins einzelne gehende Aufzählung hier erübrigt[2]). Es seien lediglich als Beispiele angeführt: Grund- und Gebäudesteuern, Wege- und Kanalgebühren, Straßenkostenbeiträge, Abgaben für die Benützung von Gemeindeanstalten, soweit Benützungszwang besteht, usw. Auch die Rentenbankgrundschuld fällt unter § 436[3]). Ob Baubeschränkungen, die sich aus dem öffentlichen Interesse ergeben, als öffentliche Lasten anzusehen sind, ist streitig[4]). Außerordentliche Beiträge zu öffentlichen Zwecken werden dagegen von der Vorschrift des § 436 BGB. regelmäßig nicht betroffen[5]).

1) Crome, a.a.O.

2) Vgl. die Regelung der Gebäudeentschuldungssteuer und der Grundsteuer (RGBl. 36, I, 786, 992); im übrigen siehe Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 2—6.

3) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 3.

4) Vgl. S. 5/6 Anm. 3.

5) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 5; Meisner, BGB., § 436 Anm. 2; ähnlich Oertmann, a.a.O., § 436 Anm. 2, der die Haftung dann eintreten läßt, wenn dem Verkäufer ein Verstoß gegen Treu und Glauben zur Last liegt.

Das Gesetz geht von dem Gedanken aus, daß der jeweilige Grundstückseigentümer die auf dem Grundstück ruhenden öffentlichen Abgaben und Lasten selbst zu tragen hat (vgl. § 103 BGB.). Dem entspricht es, wenn der Käufer für rückständige Abgaben und Lasten aus der Zeit vor dem Erwerb nicht herangezogen werden kann; für solche im Rückstand gebliebene Leistungen hat der Verkäufer persönlich aufzukommen[1]).

§ 4. Die Haftung für den Bestand eines verkauften Rechts.

1. Gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. ist der Verkäufer eines Rechts verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen. Die Erklärungen und Handlungen, zu deren Vornahme der Verkäufer damit verpflichtet ist, können je nach der Art des verkauften Rechts verschieden sein. So erfolgt die Uebertragung von Forderungen durch Schließung des formlosen Abtretungsvertrags (§§ 398 ff. BGB.), wobei möglicherweise nebenher noch Urkunden, wie Schuldscheine usw. übergeben werden müssen. Zur Begründung dinglicher Rechte an einem Grundstück ist Einigung und Eintragung im Grundbuch erforderlich (§ 873 BGB.); der Verkäufer hat die hierzu notwendigen Erklärungen abzugeben und u. U. sonstigen Verpflichtungen nachzukommen (z. B. § 1154 BGB.: Uebergabe des Hypothekenbriefs).

Bereits nach § 434 BGB. hat der Verkäufer dafür einzustehen, daß an dem verkauften Recht nicht Rechte Dritter, z. B. Nießbrauch- oder Pfandrechte, bestehen, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können. § 437 bringt nun eine Verschärfung dieses Grundsatzes. Darnach haftet der Verkäufer auch für den rechtlichen Bestand der verkauften Forderung oder des verkauften sonstigen Rechts. Die Vorschrift des § 437 BGB. bezieht sich nicht nur auf Forderungen, sondern auch auf sonstige Rechte aller Art, z. B. Hypotheken, Urheber- und Patentrechte,

1) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 7; Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, § 106 Anm. 9; vgl. § 446 BGB.

Mitgliedschaftsrechte usw.[1]), Auch die Haftung des Verkäufers für das Bestehen von Nebenrechten, insbesondere von Sicherungen, wie Hypotheken, Pfandrechten, Bürgschaften usw., ist nach § 437 zu beurteilen[2]). Die mit einem Grundstück verbundenen Rechte gelten zwar gemäß § 96 BGB. als Grundstücksbestandteile; sie sind und bleiben aber ihrer Natur nach Rechte. Deshalb kann sich, da Sachen und Rechte ihrem Wesen nach ungleich sind, die Haftung für ihren Bestand nicht nach den Vorschriften über Sachmängelhaftung, sondern ebenfalls nur nach der Bestimmung des § 437 BGB. richten[3]).

Der Verkäufer haftet für den „Bestand" der Forderung oder des sonstigen Rechts kraft Gesetzes, ohne daß er deshalb eine besondere Zusicherung abgegeben haben muß. Infolgedessen bleibt der Verkäufer auch dann verpflichtet, wenn die Forderung oder das Recht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen überhaupt nicht besteht. Es läge an sich der Gedanke nahe, auf den Kauf einer nicht existierenden Forderung wenigstens analog die Bestimmung des § 306 BGB. anzuwenden, wonach der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist. Gerade diese Folgerung soll aber durch § 437 BGB. beseitigt werden[4]). Nur bei dem Kauf von Rechten, die objektiv überhaupt nicht bestehen können, weil ihr Bestand mit den rechtlichen Bestimmungen unvereinbar ist, kommt nicht § 436 BGB., sondern § 306 BGB. zur Anwendung[5]).

---

1) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 1; Planck, a.a.O., § 437, 1b β Oertmann, a.a.O., § 437 Anm. 3.

2) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 27; Planck, a.a.O., § 437, Anm. 1b γ; RGRKom. ,a.a.O., § 437 Anm. 2; RG. 56/253ff. (255); 90/240ff.; 93/71ff. (73).

3) RG. 83/198ff. (200); RG. 93/73.

4) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 2, 17, 18; Planck, a.a.O., § 437, 1a; Prot. I, 669; RG. 86/210ff. (213).

5) Z. B. Zession eines Rechts auf Eintragung einer rechtlich unzulässigen dinglichen Last, wie etwa einer Antichrese, oder Uebertragung einer Aktie, die auf einen unzulässig geringen Betrag lautet. Vgl. Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 17; Warneyer, a.a.O.,

Die Haftung für den Bestand bringt es mit sich, daß der Verkäufer für die Abwesenheit von Anfechtungs- und Aufrechnungsmöchlichkeiten ebenso einzustehen hat wie für die von peremptorischen oder dilatorischen Einreden[1]). Es wäre falsch, einen derartigen Schluß bereits aus § 434 BGB. zu ziehen, denn um „Rechte" Dritter handelt es sich hierbei nicht[2]). Dagegen richten sich Anfechtung und Aufrechnung gegen den Bestand der Forderung, indem sie diese, wenn sie Erfolg haben, rückwirkend beseitigen; ebenso haben die Einreden eine Beeinträchtigung des rechtlichen Bestandes der Forderung zur Folge, sodaß auch hier die Anwendung des § 437 BGB. gerechtfertigt ist.

2. Der Verkäufer haftet aber auf Grund des § 437 BGB. nur für den Bestand der Forderung oder des sonstigen Rechts. Eine Haftung für die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit des Rechts wird durch § 437 nicht begründet[3]). Ob der Schuldner zahlungsfähig, ob eine Hypothek sicher ist oder nicht, das sind Momente, die nicht zum Bestand der Forderung oder der Hypothek gehören. Daß sich aus anderen Gründen auch für solche Umstände eine Haftung des Verkäufers ergeben kann (z. B. aus § 438 BGB.), wird noch später zu besprechen sein. Auch der Rang einer Hypothek begründet keine Haftung nach § 437 BGB.[4]). Der Verkäufer eines Patents haftet zwar dafür, daß das Patent nicht nichtig ist. Für die Brauchbarkeit der Erfindung hat er aber ebenso wenig einzustehen, wie

---

§ 437, II; RGRKom., a.a.O., § 437 Anm. 1; Oertmann, a.a.O., § 437, 1a; Planck, a.a.O., § 437, 1b; Heck, a.a.O., S. 233; RG. 68/292ff. (293); 86/210ff. (213); 90/240ff. (244); 92/75ff. (76).

1) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 11; RGRKom., a.a.O., § 437 Anm. 2; Crome, a.a.O., § 218 Anm. 2a; Herberg, a.a.O., S. 26; LZ. 10, 464.

2) A. A. Kreß, a.a.O., § 26 Anm. 21, der hier § 434 anwendet.

3) Staudinger, a.a.O., § 438 Anm. 1; RGRKomm., a.a.O., § 437 Anm. 3.

4) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 10; eine Haftung kann u. U. jedoch aus einer stillschweigenden Haftungsübernahme für einen bestimmten Rang abgeleitet werden.

der Verkäufers eines Mitgliedschaftsrechts für dessen Ertragsfähigkeit[1]).

Wenn auch eine Haftung für Eigenschaften eines Rechts im Gegensatz zum Sachkauf im Gesetz nicht anerkannt ist[2]), so können doch auch Rechtseigenschaften unter § 437 fallen[3]). Dabei soll noch dahingestellt bleiben, ob es überhaupt logisch denkbar ist, von Eigenschaften eines Rechts zu sprechen[4]). Jedenfalls kann, sofern es sich um einen Teil der vertragsmäßigen Leistung handelt, der Verkäufer auch für die Verzinslichkeit einer Forderung nach § 437 einstehen müssen[5]).

Besondere Hervorhebung hat in § 437 Abs. 2 der Verkauf von Wertpapieren gefunden. Die ältere Theorie sah in dem Papier vor allem eine Beweisurkunde für das durch sie verbriefte Recht und wandte dementsprechend die Vorschriften über den Rechtskauf an. Dagegen ging die Gegenansicht unter dem Einfluß der Kreationstheorie dazu über, das Papier als Träger des Rechts für die Hauptsache zu erklären, sodaß folgerichtig die Grundsätze des Sachkaufs zur Anwendung kommen mußten. Der Eigenart der Wertpapiere entsprechend unterscheidet die jetzt herrschende Lehre zwischen dem Papier als Urkunde und dem in ihm verbrieften Recht[6]). Soweit es sich um das Papier als Sache mit körperlichen Eigenschaften handelt, liegt ein Sachkauf vor. Mängel, die dem Papier als körperlichem Gegenstand anhaften[7]), sind daher Sachmängel

1) RGRKom., a.a.O., § 437 Anm. 3; Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., § 193 Anm. 36.

2) RGRKom., a.a.O.; RG. 73/116; 112/46.

3) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 30.

4) Vgl. § 6 d. Arb.

5) Staudinger, a.a.O., RGRKom., a.a.O., § 437 Anm. 2: der Verkäufer haftet nach § 437, wenn er statt der verkauften 5%igen Hypothek eine $4\frac{1}{2}$%ige Hypothek abgetreten hat.

6) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 40; Warneyer, a.a.O., § 437, III; Oertmann, a.a.O., § 437 Anm. 4; Soergel, BGB., § 437, 7; Düringer in DJZ. 05, 373ff.; RG. 59/240; 63/61; 108/280; 108/317; 109/295; JW. 26, 2842; DRZ. 32 Beilage Nr. 397.

7) Z. B. Beschädigung oder Verfälschung.

und nach den §§ 459ff. BGB. zu beurteilen. Soweit dagegen das in dem Papier verbriefte Recht in Frage steht, sind die Grundsätze des Rechtskaufs maßgebend, so daß für Mängel des verbrieften Rechts die Vorschriften der Rechtsmängelhaftung heranzuziehen sind. So können Sach- und Rechtsmängelhaftung selbständig nebeneinander bestehen. Der Grundsatz des § 437 Ab. 1 BGB. gilt demnach für Wertpapiere jeder Art, z. B. Inhaberschuldverschreibungen, Wechsel, Orderpapiere, Urkunden gemäß § 363 HGB. usw. Aber auch hier bezieht sich die Haftung nur auf den Bestand, nicht auf sonstige Umstände, die beispielsweise den Wert des im Papier verbrieften Rechts beeinträchtigen[1]). Der Verkäufer haftet dafür, daß die verkaufte Aktie nicht nichtig ist, er hat aber auf Grund des § 437 BGB. nicht dafür einzustehen, daß das Aktienwirtschaftlich wertvoll ist. So ist beispielsweise die Tatsache, daß ein Aktienunternehmen wenig ergiebige Grubenfelder besitzt und nur schlechte Erze fördert, allerdings für den Gewinn des Betriebs und damit auch für den Wert der ausgegebenen Aktien entscheidend. Der Bestand der Aktien wird jedoch durch diese Umstände in keiner Weise berührt[2]).

Nach § 437 haftet der Verkäufer auch dafür, daß das verkaufte Papier nicht zum Zweck der Kraftloserklärung aufgeboten ist. Durch ein schwebendes Aufgebotsverfahren wird zwar das Recht noch nicht aufgehoben, aber seine Durchführung richtet sich doch unmittelbar gegen den Bestand des Rechts. Der Käufer läuft Gefahr, seines eben erst erworbenen Rechts verlustig zu gehen. Andererseits kann ihm nicht zugemutet werden, bei Kaufabschluß noch nähere Erkundigungen über das Schweben eines Aufgebotsverfahrens einzuziehen[3]). Ist dagegen das Papier bereits rechtskräftig für kraftlos erklärt, so greift

1) Oertmann, a.a.O., § 437 Anm. 4; Planck, a.a.O., Anm. 2b; Kreß, a.a.O., § 26 Anm. 25.
2) A. A.: Düringer, a.a.O.
3) Mugdan, a.a.O., S. 647, 1245; Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 56.

nicht § 437 Abs. 2, sondern § 437 Abs. 1 ein. Die Zahlungssperre, die bei einem abhanden gekommenen Inhaberpapier vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügt werden kann (vgl. § 1019 ZPO.), bedeutet ein zu Gunsten des Antragstellers erlassenes gerichtliches Veräußerungsverbot. Es liegt ein Mangel im Recht vor, für den der Verkäufer nach § 434 BGB. einzustehen hat[1]).

§ 5. Der Begriff „Sache" im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB.

1. Die Rechtsmängelhaftung tritt ein, wenn der Verkäufer eine rechtsmangelhafte Leistung erbracht hat, sei es, daß er überhaupt kein Eigentum oder nur das mit dem Recht eines Dritten belastete Eigentum verschafft hat, gleichgültig, ob es sich um Sachen, Rechte oder sonstige Güter handelt. Demgegenüber spricht § 119 Abs. 2 BGB. nur dann von der Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung, wenn ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder Sache vorliegt. Eine Auslegung, die an dem Wortlaut des Gesetzes festhält, kann daher nur demjenigen, der sich über Eigenschaften der Sache geirrt hat, — Eigenschaften der Person können hier außer Betracht bleiben —, ein Anfechtungsrecht gewähren. Wenn diese Auffassung richtig ist, so ist die Frage nach der Konkurrenz zwischen den Rechten aus der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung von vornherein auf ein Teilgebiet beschränkt. Denn eine Konkurrenz kann nur in Betracht kommen, wenn sich ein bestimmter Tatbestand sowohl unter die eine wie unter die andere Gesetzesbestimmung bringen läßt. Es kann daher, wenn eine Irrtumsanfechtung nur bei Irrtum über Sacheigenschaften möglich ist, unter Umständen zu einer Konkurrenz mit der Rechtsmängelhaftung kommen, sofern es sich um einen Sachkauf handelt. Die Frage geht dann dahin, ob Rechtsmängel einer Sache gleichzeitig verkehrswesentliche

1) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 36; Planck, a.a.O., § 437 Anm. 2a; Mugdan, a.a.O., S. 1243; RG. 109/295.

Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. sein können. Dagegen scheidet die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Irrtumsanfechtung und Rechtsmängelgewähr bei solchen Gegenständen aus, die nicht Sachen sind, nämlich bei Rechten und sonstigen nichtkörperlichen Gütern; denn wenn sich § 119 Abs. 2 BGB. nur auf Sachen bezieht, ist seine Anwendung bei dem Kauf anderer Gegenstände unmöglich. Daraus folgt, daß, falls derartige Kaufobjekte an einem Rechtsmangel leiden, nur die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung, nicht die der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. gelten können. Die Beantwortung der Frage, ob eine Konkurrenz nur auf dem Gebiet des Sachkaufs oder auch bei Verkäufen nicht körperlicher Gegenstände möglich ist, muß daher von einer näheren Untersuchung des Wortes „Sache“ ausgehen.

Das Reichsgericht[1]) hat sich früher in einer Reihe von Entscheidungen gegen die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB. bei dem Kauf von Rechten ausgesprochen. Allerdings war seine Begründung durchwegs höchst dürftig. Es ging dabei von der Bestimmung des § 90 BGB. aus: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“. Allein im Hinblick auf jene Bestimmung glaubte das Reichsgericht annehmen zu können, daß der Gesetzgeber von vornherein lediglich bei Sachen, nicht aber Rechten eine Irrtumsanfechtung bei § 119 Abs. 2 zulassen wollte. Die Annahme des Reichsgerichts, daß im entgegengesetzten Fall nichts näher gelegen hätte, als statt des Wortes „Sache“ das Wort „Gegenstand“ zu gebrauchen, mußte umsomehr verwundern, als das Reichsgericht selbst bei Anwendung der §§ 459ff. BGB. keine Bedenken getragen hatte, den Begriff „Sache“ auf Gegenstände, die weder Sache noch Rechte sind, auszudehnen[2]). Trotzdem

1) RG. 73/136; JW. 09/684; 20/49; Warn. 09/134; 09/529; 14/271; Recht 12/3028; 15/816; Soergel, Rspr. 16, § 119 Nr. 24; Zbl. FG. 9/468; KG. in OLG. 39/122 und JW. 26/1027.

2) Vgl. § 2 d. Arb.

steht das Reichsgericht mit seiner früheren Auffassung auch heute nicht vereinzelt da[1]).

2. Um zu einer richtigen Entscheidung zu kommen, muß auf die Entstehungsgeschichte zurückgegangen werden. Diese spricht dafür, daß mit dem Wort „Sache" der Erklärungszustand gemeint sein sollte[2]).

Der erste Entwurf des BGB. sah in dem Eigenschaftsirrtum lediglich einen Irrtum im Motiv und enthielt infolgedessen keine Bestimmung über die Anfechtung bei Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften. In den Motiven[3]) heißt es: „Den Irrtum über Eigenschaften des Gegenstands im Zweifel für beachtlich zu erklären, sofern der Gegenstand vermöge der vorausgesetzten Eigenschaften nach der Verkehrsanschauung zu einer anderen anderen Gattung oder Art gehören würde, als wozu er gehört, ist Anstand genommen. Irrtum in den Gattungseigenschaften ist ebenso wie Irrtum über Eigenschaften der gegenüberstehenden Personen ein Irrtum in den Beweggründen, schließt mithin die Willenswirklichkeit nicht aus . . . Dazu kommt, daß, soweit ein Bedürfnis, den hinsichtlich der Eigenschaften einer Sache Irrenden zu schützen, wirklich vorliegt, durch die demselben zur Seite stehenden sonstigen Rechtsbehelfe genügend vorgesorgt ist. Von

---

1) Für enge Auslegung des Wortes Sache und gegen Anwendung des § 119, II bei nichtkörperlichen Gegenständen: Crome, a.a.O., § 94 Anm. 19; Soergel, a.a.O., § 119 Anm. 3; Warn., a.a.O., § 119, IV (7. Aufl.), [A. A.: Warn., a.a.O., § 119 Anm. IV (2. Aufl.)] Heinecke, Das Verhältnis des Wandlungsanspruchs zur Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums, S. 8 Anm. 3; Meyer in Recht 05/674; ebenso früher Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 6d (9. Aufl.): er hält eine Anfechtung des Rechtskaufs wegen Irrtums deshalb für ausgeschlossen, weil § 119 nur von Sachen spreche. Seine diesbezüglichen Ausführungen stehen aber im Widerspruch zu seinen eigenen Bemerkungen bei § 119, III 4 B i und sind von ihm in der 10. Aufl. fallen gelassen worden. Nicht ganz klar: Lippmann, Arch. f. ziv. Prax. 102, 283ff., der auf Seite 316/317 Sache = Gegenstand setzt, dann aber die Anwendung des § 119 Abs. 2 bei Rechten ablehnt (S. 354).

2) Vgl. hierzu vor allem OLG. 10/133ff.

3) Mugdan, a.a.O., I, S. 462.

Bedeutung sind in dieser Hinsicht namentlich die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel einer veräußerten Sache (§§ 381 ff.)". Diese Auffassung wurde jedoch von der zweiten Kommission als mit den Bedürfnissen des modernen Verkehrs unvereinbar bezeichnet. Sie nahm daher sachlich einen Antrag 3 an, der lautete: „Dem § 98 folgenden Zusatz zu geben: Der Irrtum über den Inhalt der Erklärung umfaßt auch den Irrtum über Eigenschaften der Person oder des Gegenstandes, wenn diese nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen bestimmend sind". In der Begründung[1]) heißt es: „Sie (die Kommission) ging davon aus, daß in betreff des Irrtums über Eigenschaften der Person oder Sache der Standpunkt des Entwurfs, nach welchem ein solcher Irrtum als ein bloßer Irrtum im Beweggrunde stets außer Betracht bleiben solle, dem Bedürfnisse des Verkehrs, der Billigkeit und dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung nicht gerecht werde". Schon in dieser Gegenüberstellung zeigt sich, daß von der zweiten Kommission die Begriffe „Sache" und „Gegenstand" ziemlich gleichgestellt wurden. Daß dabei Gegenstand im Sinne von Geschäftsgegenstand aufzufassen ist, beweisen die weiteren Ausführungen in den Protokollen:[2]) „Sie (die Kommission) ging davon aus, ein auf einem solchen Irrtum beruhendes Geschäft sei für den Irrenden nicht selten nachteiliger als ein Geschäft, bei dem er sich über den Geschäftsgegenstand selbst geirrt habe". Und weiter:[3]) „Anlangend insbesondere den Irrtum über Eigenschaften der Person, so war man zwar einverstanden, daß dieser nach der Verkehrsanschauung verhältnismäßig selten als beachtlich erscheine, glaubte aber für die immerhin möglichen Fälle diesen Irrtum dem Irrtum über Eigenschaften des Gegenstandes gleichstellen zu sollen". Seine heutige Fassung hat der § 119 Abs. 2 durch die Redaktionskommission erhalten. Welche Gründe

1) Prot. I, 114.
2) Prot. a.a.O.
3) Prot. I, 115.

für sie maßgebend waren, an Stelle des nach dem Antrag vorgesehenen Wortes „Gegenstand“ das Wort „Sache“ zu setzen, geht aus den Materialien nicht hervor. In der Denkschrift[1]) heißt es lediglich: „Zur Abschneidung von Zweifeln spricht jedoch der Entwurf aus, daß ein Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt“. Von Bedeutung mag dabei die Tatsache gewesen sein, daß das ALR., das seinen Einfluß auch bei der Abfassung des BGB. äußerte, in § 77, I, 4 bestimmte: „Auch Irrtum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung“. § 81, I, 4 lautete: „Irrtum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet ebenfalls die Willenserklärung“. Dabei konnten aber unter „Sache“ jedenfalls auch Rechte verstanden werden; denn § 1, I, 2 ALR. besagt: „Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechts oder Verbindlichkeit sein kann“. Noch deutlicher kommt dieser Gedanke in § 7, I, 2 ALR. zum Ausdruck. Dort heißt es: „Rechte werden als bewegliche Sachen betrachtet“. Es läßt sich keineswegs von der Hand weisen, daß gerade die im ALR. gebräuchliche Gegenüberstellung von Eigenschaften der Person und der Sache wesentlich zur Aufnahme beider Begriffe in das BGB. beigetragen hat. Diese Auffassung erscheint um so berechtigter, als die Materialien gerade bei der Behandlung des Eigenschaftsirrtums wiederholt auf das Vorbild des ALR. verweisen[2]). Die Denkschrift[3]) führt sogar ausdrücklich die entsprechenden Paragraphen des ALR. über den Eigenschaftsirrtum auf: „Die Berücksichtigung eines solchen Irrtums (nämlich über Eigenschaften der Person oder der Sache) entspricht der neueren Rechtsentwicklung, wie diese in der Gesetz-

1) Mugdan, a.a.O., I, 833.
2) Mugdan, a.a.O., I, S. 720.
3) Mugdan, a.a.O., I, S. 833.

gebung (ALR. I, 4 §§ 77, 81, 82) und in der gemeinrechtlichen Praxis Ausdruck gefunden hat". Der im ALR. bestehende weite Sachbegriff mag dafür mitbestimmend gewesen sein, daß die Kommission bei ihren Beratungen die Worte „Sache" und „Geschäftsgegenstand" nicht scharf unterschied, sondern als gleichbedeutend nebeneinander gebrauchte. Wenn aber der Begriff „Sache" im Sinn des ALR. auf die Abfassung des § 119 Abs. 2 BGB. nicht ohne Einfluß war, so ist es besonders bedenklich, aus dem Wortlaut der Gesetz gewordenen Bestimmung eine Einschränkung der Irrtumsanfechtung auf körperliche Gegenstände zu befürworten.

3. Es ist allerdings richtig, daß beispielsweise in §§ 459 ff. eine Ausdehnung des Wortes „Sache" auf Rechte unstatthaft ist. Aber hier liegen die Verhältnisse ganz anders. Denn gerade die Regelung der §§ 459 ff. zeigt, daß das Gesetz scharf zwischen dem Kauf von Sachen und von Rechten unterscheidet und daß, je nachdem ein Sach- oder Rechtskauf vorliegt, die Gewährleistungspflichten des Verkäufers andere sind (§§ 459 ff., 434 ff. BGB.). Diese Scheidung gilt aber nicht für das Gebiet der Anfechtung. Es besteht — im Gegensatz zur Mängelhaftung beim Kauf — kein ersichtlicher Grund, eine Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften einer Sache zuzulassen, sie aber gleichzeitig bei Irrtum über Eigenschaften eines Rechts abzulehnen[1]). Daß in der Tat eine derartige Unterscheidung durch nichts gerechtfertigt ist, hat offenbar auch das Reichsgericht zu einer Zeit empfunden, als es noch an der engen Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB. festhielt. Das zeigen besonders die Entscheidungen in JW. 09, 655 (= Warn. 09, 529) und JW. 11/533. In beiden Entscheidungen, die sich mit dem Kauf einer Hypothek, bezw. mit der Veräußerung des Rechts aus dem Meistgebot befassen, wird eine Anfechtung auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB. zugelassen. Begründet wird dieser Standpunkt damit, daß eigentlicher Vertragsgegenstand nicht

1) Düringer in LZ. 18/79 ff.

das gekaufte Recht, sondern das Grundstück sei und daß auch der Irrtum über Eigenschaften einer Sache, die nur mittelbarer Vertragsgegenstand sei, zur Anfechtung berechtige. Im weiteren Verlauf der Entwicklung hat sich das Reichsgericht mehr und mehr von seinem ursprünglichen Standpunkt entfernt. Schon in JW. 14/674 wird ausgesprochen, daß unter § 119 Abs. 2 nicht nur Sachen, sondern auch sonstige Lebensgüter fallen; dementsprechend wurde die Anfechtung beim Kauf eines Fabrikationsgeheimnisses zugelassen. Das Reichsgericht ist auf dem einmal eingeschlagenen Weg folgerichtig weitergegangen. Nach einigen Entscheidungen, welche die Frage zwar aufgriffen, aber von einer endgültigen Stellungnahme absahen[1]), hat sich das Reichsgericht in RG. 149/235ff. für eine entsprechende Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. auf Geschäfte über andere Dinge als körperliche Gegenstände ausgesprochen. Mit dieser vielbegrüßten Entscheidung stimmt nahezu die ganze Literatur überein, die darüber einig ist, daß selbst, wenn man nicht, wie hier, das Wort „Sache“ in dem weiteren Sinn des Geschäftsgegenstands gebrauchen will, mindestens eine entsprechende Anwendung des § 119 Abs. 2 bei sonstigen Gegenständen zulässig ist[2]).

Nur eine weite Auslegung des § 119 Abs. 2 kann den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden. Der Irrtum über Eigenschaften eines Rechts ist ebenso erheblich wie der Irrtum über Eigenschaften einer Sache. Würde

1) RG. 112/329ff.; bejahend RG. 103/22ff.; auch in älteren Entscheidungen wurde das Problem teilweise bereits offen gelassen, so z. B. J. W. 06/378; Seuff. Arch. 61/237.

2) = JW. 36/793ff., ferner JW. 38/2348; DRZ. 32/Beil. 32/84; JW. 14/674; OLG. 10/133; 34/4; OLG. Köln in JW. 1928/368; RGR.-Kom., a.a.O., § 119/5; Staud., a.a.O., § 119/Anm. 27; Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 4c; Planck, a.a.O., § 119, IV, 6c α; Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 53; Fischer-Henle, a.a.O., § 119 Anm. 9; Enneccerus, a.a.O., I § 157, III, 4; Düringer in LZ. 18/79ff.; Palandt, a.a.O., § 119 Anm. 4a; Kiel in JW. 14/497ff.; Gschnitzer in Arch. Ziv. Pr. 121/207; Hillebrandt, Begriff der Eigenschaft, S. 67 Anm. 1; Warneyer, a.a.O., § 119, IV (2. Aufl.).

man die Anfechtung in dem einen Fall zulassen, im anderen aber ablehnen, so käme dadurch ein durch nichts gerechtfertigter und höchst unerfreulicher Zwiespalt in das Gesetz. Dafür, daß das Gesetz die Eigenschaften eines Rechts bei der Anfechtung nicht berücksichtigen wollte, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Es ist vielmehr sicher anzunehmen, daß bei den Beratungen der Kommissionen irgendwie einmal zum Ausdruck gebracht worden wäre, daß und warum bei Rechten eine Sonderregelung stattfinden solle. Aus der Tatsache, daß dies nicht der Fall war, läßt sich aber der Schluß ziehen, daß das Gesetz an eine Sonderregelung gar nicht gedacht hat und daß die ganze Streitfrage nur auf die bei den Verhandlungen der II. Kommission erfolgte Gleichstellung von „Sache" = „Gegenstand" zurückzuführen ist.

§ 6. Eigenschaften.

1. Wenn wir die Ausdehnung des § 119 Abs. 2 auf andere Gegenstände als Sachen befürworten, so ist dabei allerdings eine Frage noch nicht geprüft worden: Gibt es überhaupt wesentliche Eigenschaften eines Rechts? Gelangt man zu einer Verneinung jener Frage, so ist damit der ganze Streit, ob in § 119 Abs. 2 BGB. nur Sachen oder auch Rechte gemeint seien, gegenstandslos. Denn eine Anfechtung des Rechtskaufs kann dann schon deshalb nicht stattfinden, weil es an der weiteren Voraussetzung der Anfechtung, nämlich den verkehrswesentlichen Eigenschaften, fehlt. Auch diese Meinung ist vertreten worden. So ist von Tuhr[1]) im Hinblick auf seine Definition der wesentlichen Eigenschaften der Ansicht, daß die Eigenschaften eines Rechts meist nicht als wesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. angesehen werden können. Will man nicht zu rein gefühlsmäßigen Entscheidungen gelangen, so ist auch hier zunächst eine nähere Untersuchung des Eigenschaftsbegriffs erforderlich. Dies

1) v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerl. Rechts, S. 584.

ist umso notwendiger, als Konkurrenzmöglichkeiten zwischen Irrtumsanfechtung und Rechtsmängelgewähr ja nicht nur bei Rechten, sondern auch bei Sachen bestehen, vorausgesetzt, daß Rechtsmängel überhaupt zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften des Kaufsgegenstands gezählt werden können.

2. Der Begriff „Eigenschaft" ist aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens in das BGB. herübergenommen worden; er ist seiner Natur nach ein Begriff der Verkehrssprache[1]), der allerdings für die Rechtswissenschaft eine besondere Bedeutung gewonnen hat. Die weiteste Auslegung hat Zitelmann[2]) gegeben: Er versteht unter Eigenschaft „jedes Merkmal des Dinges, überhaupt alles, was von dem Dinge ausgesagt werden kann, also nicht nur die Eigenschaft i. e. S., sei sie geistiger oder körperlicher Art, sondern auch das, was mit dem Objekt geschehen ist oder geschehen wird". Diese Auslegung, welche die Anfechtbarkeit wegen Irrtums über Eigenschaften über den bereits bestehenden Rahmen hinaus noch wesentlich erweitern würde — namentlich soweit künftige Ereignisse in Betracht kommen —, birgt die Gefahr in sich, den Eigenschaftsbegriff ins Uferlose zerrinnen zu lassen. Demgegenüber hat sich das Reichsgericht[3]) schon frühzeitig mit einer Definition des Eigenschaftsbegriffs befaßt, die bereits für das ALR. maßgebend war und die genau wörtlich — nur mit einer unwesentlichen Kürzung — auch für das BGB. übernommen wurde. Darnach fallen unter den Begriff Eigenschaften „nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen". Diese einmal gegebene Definition wurde vom Reichsge-

1) Hillebrandt, a.a.O., S. 28.
2) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 442.
3) RG. 20/94 ff. (95); 21/308 ff.

richt bis in die jüngste Zeit in ständiger Rechtsprechung festgehalten[1]). Sie hat auch den Beifall der Literatur gefunden[2]).

3. Auszugehen ist von den „natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften". Eine Sache kann sowohl gute als auch schlechte Eigenschaften besitzen, d. h. solche, welche Tauglichkeit verleihen, und solche, welche die Tauglichkeit aufheben oder beeinträchtigen. Die letzteren — wollen wir sie negative Eigenschaften nennen — sind aber keine natürlichen Eigenschaften[3]). Es sind Mängel und Fehler, die einer Sache anhaften können und die unter Umständen gerade zur Charakterisierung beitragen. Sie bedeuten aber doch immer nur negative Merkmale, die eben letzten Endes nicht zur Natur der Sache gehören. Wenn also die natürlichen in der Sache selbst liegenden Eigenschaften nur positive Merkmale, aber keine Mängel bedeuten können, so ist damit gleichzeitig klar, daß sie mit den Rechtsmängeln nichts gemeinsam haben können. Denn das Wort „Rechtsmangel" besagt bereits, daß es sich um einen „Mangel" und zwar um einen rechtlichen Mangel handelt. Ein Mangel, welcher Art er auch sein mag, ist aber keine natürliche, der Sache an sich zukommende Eigenschaft.

4. Die Entwicklung hat gezeigt, daß der Begriff der natürlichen, in der Sache selbst liegenden Eigenschaften, mit dem man schließlich noch in früheren Zeiten auskommen konnte (vgl. error in substantia), den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht mehr gewachsen war. Auch Umstände, die sich aus den Beziehungen des Gegenstands zur Umwelt ergeben, können für diesen ebenso bedeutungsvoll und wertbestimmend sein, wie die ihm anhaftenden

1) RG. 52/1 ff. (2); 59/120; 59/243; 61/85; 64/269; 101/416; 103/22; 117/317; JW. 06/378; 12/26; 12/747; Warneyer 09/134; 09/383; 35/54; LZ. 26/742; Seuff. Arch. 61/237; OLG. Köln JW. 28/368.

2) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 28; RGRKom., a.a.O., § 119 Anm. 5; Planck, a.a.O., § 119, IV, 2; Warneyer, a.a.O., § 119 Anm. 3; Roquette in JW. 36/793.

3) Hillebrandt, a.a.O., S. 51.

natürlichen Eigenschaften. Daß ein Geschäft einen bestimmten Umsatz aufzuweisen hat oder ein Haus einen bestimmten Mietertrag abwirft, das alles sind Umstände, die zwar keine natürlichen Eigenschaften i. e. S. bedeuten, die aber doch in einem unmittelbaren Verhältnis zur Sache stehen und bei dem Abschluß eines Geschäftes ebenso oder vielleicht noch bedeutsamer sind wie Alter und Größe der Sache selbst. Auch diese „Verhältnisse, die in den Beziehungen der Sache zu anderen Personen oder Sachen wurzeln", sind daher zu den Eigenschaften zu zählen. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet sind der Umsatz eines Geschäfts, der Getränkeverbrauch einer Wirtschaft, die Geheimhaltung eines Verfahrens, der Mietertrag eines Hauses Eigenschaften, die zwar erst durch einen Vergleich mit anderen außerhalb der Sache liegenden Umständen gewonnen werden, aber doch unmittelbar auf die Sache selbst einwirken [1]).

5. Die bisher erwähnten Beispiele gingen von der Voraussetzung aus, daß tatsächliche Verhältnisse vorliegen, welche den Charakter von Eigenschaften haben. Es fragt sich nun, ob auch rechtliche Verhältnisse die gleiche Wirkung haben können. In der Begriffsbestimmung des Reichsgerichts werden tatsächliche und rechtliche Verhältnisse einander gleichgestellt. Diese Gleichsetzung ist nicht unwidersprochen geblieben. So hat v. Tuhr [2]) — allerdings ohne besondere Begründung — bestritten, daß die rechtlichen Verhältnisse der Sache wesentliche Eigenschaften darstellen könnten. Ebenso vertritt Lippmann [3]) die Ansicht, daß unter den verkehrswesentlichen Eigenschaften des § 119 Abs. 2 BGB. die sog. rechtlichen Eigenschaften überhaupt nicht gemeint seien. Er hebt hervor, daß die „rechtliche Eigenschaft" — ein Ausdruck, den das Gesetz überhaupt nicht kenne — nur wach und wirklich werde als Verstandesoperation durch die Konstruktion einer sol-

1) JW. 14/674; JW. 35/1558.
2) v. Tuhr, a.a.O., II, 1, S. 582.
3) Arch. f. Ziv. Prax., 102/285 ff. (350 ff.).

chen Beziehung zu Personen oder anderen Sachen; Realität habe sie nicht. Demgegenüber hat Hillebrandt[1]) nicht mit Unrecht darauf hingewiesen, daß auch bei einer Reihe von tatsächlichen Eigenschaftsverhältnissen die Vornahme solcher Denkoperationen notwendig ist. Wenn man bedenkt, daß sich mit der steigenden Entwicklung des Rechts- und Wirtschaftslebens auch die rechtlichen Beziehungen zwischen Personen und Sachen vervielfältigen, so ergibt sich, daß die rechtlichen Beziehungen einer Sache die gleiche Bedeutung erhalten können wie ihre tatsächlichen Verhältnisse. Nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Verhältnisse sind für die Wertschätzung eines Gegenstands bestimmend. Damit ist aber auch die Gleichsetzung von rechtlichen und tatsächlichen Eigenschaftsverhältnissen gerechtfertigt. Die Baureife[2]) eines Grundstücks, d. h. die Tatsache, daß der Bebauung keine Vorschriften des öffentlichen Rechts entgegenstehen, die Belastung eines Grundstücks mit Straßenbaukosten auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften[3]), die Brauereifreiheit eines Grundstücks[4]) sind Eigenschaften, die ihren Grund in rechtlichen Verhältnissen haben und ebenso wie tatsächliche Eigenschaftsverhältnisse wertbestimmende Faktoren bedeuten. Auch die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek ist m. E. geeignet, die Wertschätzung des Grundstücks zu beeinflussen, sodaß auch hier von einer Eigenschaft gesprochen werden kann[5]).

1) Hillebrandt, a.a.O., S. 65/66.

2) Recht 07/3786; a. A.: Warneyer 08/593. Unentschieden RG. 52/429 ff.

3) JW. 12/850; vgl. auch OLG. 8/58 ff.

4) RG. 95/175 ff.; vgl. auch Recht 08/246: Irrtum über das Bestehen eines Pfandrechts.

5) Rehbein, BGB., § 119, III, 1 g; Endemann, a.a.O., § 71 Anm. 21; zweifelnd: Warn. 15/197 (es müssen noch besondere Umstände hinzukommen). Vgl. auch RG. 93/71 ff. (73): die mit einem Grundstück verbundenen Rechte (Dienstbarkeiten des herrschenden Grundstücks) sind wegen der entgegenstehenden Vorschrift des § 96 BGB. keine Eigenschaften des Grundstücks (Staudinger, a.a.O., § 459 Anm. 52; a. A.: Krückmann in Arch. Ziv. Prax., 101/400).

6. Erhebliche Schwierigkeiten bestehen bei der Frage nach den Eigenschaften eines Rechts. Eine Einschränkung kann sich hier bereits insofern ergeben, als Umstände, die bei körperlichen Gegenständen Eigenschaften sind, bei unkörperlichen Gegenständen zu Individualisierungsmerkmalen werden können. Daß ein Recht Grunddienstbarkeit ist, ist keine Eigenschaft, sondern gehört zu seinem Wesen[1]). An sich wird man jedoch, wenn man dem reichsgerichtlichen Eigenschaftsbegriff folgt, keine Bedenken tragen, auch bei Rechten von Eigenschaften zu sprechen[2]). Dementsprechend hat auch die Rechtsprechung anerkannt, daß der Rang einer Hypothek[3]), die Verzinslichkeit einer Forderung, die Fälligkeit oder Unkündbarkeit einer Grundschuld Eigenschaften[4]) sind, die eine Anfechtung auf Grund des § 119 Abs. 2 rechtfertigen können. Allerdings zeigt sich gerade hier eine Besonderheit des Eigenschaftsbegriffes: es müssen — gleichgültig ob es sich um körperliche oder unkörperliche Gegenstände handelt — immer solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse vorliegen, die den Gegenstand selbst kennzeichnen. Umstände, die nur mittelbar einen Einfluß auf die Wertschätzung gewinnen können, sind keine Eigenschaften[5]).

Daß Eigenschaften immer an der Sache selbst haften müssen und nicht durch außerhalb der Sache liegende Umstände begründet werden können, scheint zunächst selbstverständlich zu sein. Gerade an der Unmittelbarkeit der Beziehungen muß festgehalten werden, wenn nicht der Eigenschaftsbegriff, der an sich schon die Grundlage für eine ständig wachsende Zahl von Irrtumsanfechtungen bildet, in verschwommenen und unvollkommenen Vorstellungen aufgehen soll. Eine Aufgabe des Grundsatzes

1) Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 4c.

2) Vgl. RG. 148/286 ff.

3) HRR. 34/1009.

4) Vgl. RG. 149/235 ff.; OLG. 10/133; Rehbein, a.a.O.

5) RGRKom., a.a.O., § 119 Anm. 5; Planck, a.a.O., § 119, IV, 6; Oertmann, a.a.O., § 119, 4c; Warn., a.a.O., § 119, IV; RG. 59/240 ff. 148/286 ff. (294); 149/235.

von der Unmittelbarkeit der Beziehungen würde schließlich nur den Zitelmann'schen Eigenschaftsbegriff wieder heraufbeschwören und damit der Anfechtung, die im Interesse des Verkehrslebens grundsätzlich nur eine beschränkte Zahl von Fällen umfassen kann, Tür und Tor öffnen. Allerdings hat sich in der Praxis gezeigt, daß die Unterscheidung zwischen solchen mittelbaren und unmittelbaren Beziehungen nicht immer leicht zu treffen ist. So ist es sicher richtig, daß die Unkündbarkeit oder der Zinsfuß einer Hypothek keine Eigenschaften des Grundstücks sind, weil hier höchstens von einem mittelbaren Einfluß auf das Grundstück gesprochen werden kann. Unkündbarkeit oder Zinsfuß sind vielmehr nur Eigenschaften der Hypothek selbst[1]). Auch die schlechte Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze einer Bergwerksaktiengesellschaft tritt zu den Aktien dieser Gesellschaft erst dadurch in Beziehung, daß mit dem Papier auch das Recht verkauft wird;[2]) eine Eigenschaft der Aktie kann darin nicht erblickt werden. Die Tatsache, daß ein Schuldner zahlungsfähig ist, ist eine wesentliche Eigenschaft der Person des Schuldners, die unter Umständen zur Anfechtung berechtigen kann. Aber auch hier bedeutet die Zahlungsfähigkeit nur eine Eigenschaft des Schuldners[3]); sie hat ohne Zweifel auf die Forderungen, die gegen ihn bestehen, erheblichen Einfluß, denn der Wert einer Forderung gegen einen Zahlungsfähigen ist entschieden höher als gegen einen Zahlungsunfähigen, bei dem die Gefahr besteht, daß die Schuld überhaupt nicht beigetrieben werden kann. Trotzdem ist auch hier

1) Warn. 09/134; Recht 07/1007; RGRKom., a.a.O., § 119 Anm. 5. Das RG. hat in Uebereinstimmung mit seiner älteren Rechtsprechung die Anfechtung auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB. in Warn. 09/134 deshalb abgelehnt, weil die Hypothek keine Sache sei. Vgl. auch Meisner, a.a.O., § 119, VI a. E.

2) RG. 59/243; ebenso Gruchot 48/100 ff. (102) bei Kuxen, hinsichtlich ungünstiger Ereignisse im Bergwerk.

3) Zu weitgehend RG. in JW. 12/910, wo die Zahlungsfähigkeit eines Mieters als Eigenschaft des Miethauses angesehen wird.

dieser Einfluß nur mittelbar; die Zahlungsunfähigkeit, die sich aus einer Summe der verschiedensten Faktoren der Umwelt ergibt, bezieht sich zunächst nur auf den Schuldner; dieser ist förmlich das Bindeglied, welches erst die Beziehung zwischen der Forderung und den die Zahlungsfähigkeit bezw. Zahlungsunfähigkeit begründenden Verhältnissen herstellt. Eine Eigenschaft der Forderung ist daher die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht[1]). Damit ist gleichzeitig betont, daß die Güte einer Forderung, die regelmäßig auf der Zahlungsfähigkeit des Schuldners beruht, nicht als Eigenschaft der Forderung angesehen werden kann. Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. Man hat geltend gemacht[2]), daß eine derartige Auffassung die Güte mit dem Wert der Forderung verwechsle; der Wert sei allerdings keine Eigenschaft[3]), wohl aber die Güte. Aber auch gerade dann, wenn man Wert und Güte nicht gleichsetzt, sondern zunächst von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ausgeht, kann man in der Güte keine Eigenschaft der Forderung erblicken. Lebhaften Streit hat diese Frage bei der Güte einer Hypothek hervorgerufen. Die Rechtsprechung hat zum Teil gezögert, hier eine richtunggebende Entscheidung zu treffen und in einer Reihe von Fällen das Problem zunächst wohl angedeutet, aber ungelöst gelassen[4]). Daß die Sicherheit einer Grundschuld oder die Güte der Hypothek keine Eigenschaft des Grundstücks, also keine Eigenschaft der „Sache“ ist, wurde wiederholt ausgesprochen[5]). Aber das ist nach dem oben Gesagten eigentlich selbstverständlich. Fraglich kann nur sein, ob nicht eine Eigenschaft der Hypothek selbst vorliegt. Die Entscheidung muß auch hier wieder von dem Grundsatze der Unmittelbarkeit ausgehen. Wenn man sich dies vor Augen hält, so ist es vollkommen klar, daß die Erklärung, der Schuld-

1) Recht 07/1954 (OLG. Hamburg).
2) Schefold, Arch. Ziv, Prax. 109/260.
3) Vgl. dazu § 6, 6 a. E. d. Arb.
4) Warn. 12/60.
5) Recht, 15/816; Warn. 12/287.

ner habe seine Zinsen pünktlich bezahlt, niemals eine Eigenschaft der Hypothek sein kann [1]). Auch die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit oder der Verkaufswert des Grundstücks sind, weil es an der Unmittelbarkeit der Beziehungen fehlt, keine Hypothekeneigenschaften. Würde die Güte der Hypothek nichts anderes als die Zusicherung eines bestimmten Gesamtwerts des Grundstücks bedeuten, so müßte ihr wegen der Mittelbarkeit der Beziehungen von vornherein der Charakter einer Hypothekeneigenschaft [2]) abgesprochen werden. Nun ist aber die Güte oder Sicherheit einer Hypothek noch von einer Reihe anderer Umstände, z, B. Gestaltung der Marktlage usw. abhängig [3]). Es wurde geltend gemacht [4]), daß die Güte der Hypothek, wie sie sich aus dem Wert des belasteten Grundstücks ergebe, deshalb eine Eigenschaft der Hypothek sei, weil der Minderwert des Grundstücks auch den tatsächlichen Bestand der Hypothek treffe. Denn die Hypothek sei nicht nur entsprechend weniger wert, sondern auch in ihrem tatsächlichen Gehalt gemindert. Allein auch diese Behauptung kann nur bedingt gelten. Selbst wenn die Hypothek durch den Grundstückswert nicht ganz gedeckt wird, so besteht sie dennoch in voller Höhe; ihr Bestand wird durch den Minderwert des Grundstücks zunächst nicht beeinträchtigt. Man darf nicht außer Acht lassen, daß zwischen dem rechtlichen Bestand und der tatsächlichen Verwirklichung unterschieden werden muß. Eine gegen den zahlungsunfähigen Schuldner gerichtete Forderung kann nicht vollstreckt werden; die Möglichkeit ihrer tatsächlichen Durchsetzung ist also praktisch aufgehoben. Rechtlich besteht aber die Forderung genau so, als wenn sie gegen einen zahlungsfähigen Schuldner gerichtet wäre. Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der

1) Ebenso JW. 12/137/38.

2) RG. 149/235 ff.

3) JW. 12/536; Seuff. Arch. 70/172.

4) Für Annahme einer Eigenschaft RGRKom., § 437 Anm. 3; vgl. auch Gruch. 48/343.

Hypothek. Erst wenn zwangsweise Befriedigung aus dem Grundstück gesucht wird, zeigt sich, daß die Hypothek teilweise ausfallen muß und daß der Gläubiger nicht vollständig aus dem Grundstück befriedigt werden kann. Der wirtschaftliche Wert der Hypothek wird dadurch zwar erheblich herabgesetzt, der Bestand der Hypothek als solcher wird aber durch den Grundstücksminderwert nicht charakterisiert. Das wäre aber erforderlich, wenn die Güte eine Eigenschaft darstellen sollte.

Noch ein anderes Beispiel möge darlegen, wie vorsichtig gerade bei unkörperlichen Gegenständen der Eigenschaftsbegriff gehandhabt werden muß. Der Bürge, der sich als Selbstschuldner für eine Schuld des A verbürgt, glaubt, daß diese Schuld durch ein Pfandrecht gesichert ist. Daß für die durch die Bürgschaft gesicherte Schuld ein Pfandrecht besteht, ist sicher ein Umstand, der von großer Erheblichkeit ist. Trotzdem ist das Bestehen des Pfandrechts keine Eigenschaft der gegen den Hauptschuldner gerichteten Forderung; denn diese wird dadurch in ihrem Bestand nicht berührt[1]). Dagegen würde ich keine Bedenken tragen, in der Zubußepflichtigkeit von Kuxen eine Eigenschaft der Kuxe zu erblicken[2]). Denn hier ergibt sich die Pflicht zur Zahlung von Zubußen unmittelbar aus dem Recht selbst; daß es sich dabei um einen wertbestimmenden Faktor handelt, bedarf keiner weiteren Begründung.

Die angeführten Beispiele, die keineswegs einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben wollen, zeigen alle deutlich, daß ein Recht wohl Eigenschaften haben kann, daß dieser Kreis von Eigenschaften aber stark beschränkt wird durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit der die Eigenschaft begründenden Verhältnisse.

---

1) Larenz, a.a.O., S. 53; vgl. RG. 75/271 ff. (u. U. Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB.).

2) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 27; RGRKom., a.a.O., § 119 Anm. 5; Plank, a.a.O., § 119, IV, 6; Palandt, a.a.O., § 119, 4c; Warneyer 08/592; OLG. 38/79.

Aus dem Grundsatz, daß die Eigenschaften sich unmittelbar auf die Sache beziehen und für die Wertschätzung maßgebend sein müssen, ergibt sich, daß der Wert oder der Preis einer Sache keine Eigenschaft sein kann. Der Wert ist vielmehr erst ein Ergebnis. das durch eine Schätzung, also mittelbar, gewonnen wird und zwar durch eine Schätzung aller Eigenschaften, die für die Wertbildung maßgebend sind; er ist aber keine der Sache selbst innewohnende Eigenschaft[1]). Würde man dem Wert einer Sache den Charakter einer Eigenschaft zusprechen, so würde dadurch ein indirekter Einfluß des Rechts auf die Preisbildung begründet; nach der das Gesetz beherrschenden Auffassung soll aber das Recht nur bei einem Tatsachenirrtum über wertbestimmende Eigenschaften eingreifen[2]). Was für den Wert oder Preis einer Sache gilt, gilt ebenso für Rechte. Auch der Kurs einer Aktie, der nichts anderes als eine Preisnotierung bedeutet, oder der Wert eines Kuxes, sind keine Eigenschaften des Rechts[3]).

7. Wir haben bisher bejaht, daß rechtliche Verhältnisse, die sich unmittelbar auf körperliche oder unkörperliche Gegenstände beziehen, den Charakter von Eigenschaften haben können. Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob auch die rechtliche Zuständigkeit des Geschäftsgegenstands zu seinen Eigenschaften gezählt werden kann. Bestritten ist vor allem, ob das Eigentum an einer Sache eine verkehrswesentliche Eigenschaft sein kann. Die Rechtsprechung scheint zu schwanken[4]). Man hat vor allem gegen die Annahme einer Eigenschaft ins Feld geführt, daß das Eigentum kein

1) Herrsch. Lehre: Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 28; RGR.-Kom., a.a.O,, Palandt, a.a.O., Oertmann, a.a.O., § 119, 4d β; Larenz, a.a.O., S. 52; RG. 59/240 ff.; 64/266 ff.; JW. 06/378; 12/525; LZ. 26/742.

2) Larenz, a.a.O.

3) RG. 116/115 ff.; Seuff. Arch. 61/237; Warn. 09/502; JW. 06/378; LZ. 10/167.

4) JW. 05/171 wird bejaht, daß ein Irrtum beider Parteien über das Eigentum unter § 119 BGB. fallen kann; in Warn. 18/69 wird die Frage offen gelassen, in Recht 08/686 dagegen verneint.

Faktor sei, der auf die Brauchbarkeit oder den Wert einer Sache von Einfluß ist[1]). Das mag im Einzelfall wohl richtig sein, trifft aber sicher nicht immer zu. So kann der Umstand, daß eine Sache im feindlichen Eigentum steht, wegen der damit verbundenen Gefahr der Beschlagnahme nicht nur die Brauchbarkeit, sondern auch den Wert ganz erheblich beeinflussen. Ob dies der Fall ist, wird sich freilich immer nur für das einzelne Geschäft beurteilen lassen. Auf jeden Fall geht es aber zu weit, die Möglichkeit, daß das Eigentum als Eigenschaft in Betracht kommen kann, überhaupt zu leugnen. Auch der Irrtum über die konkreten rechtlichen Beziehungen einer Sache kann ein Eigenschaftsirrtum im Sinn des § 119 Abs. 2 BGB. sein[2]). Davon zu unterscheiden ist der Irrtum über Sätze des objektiven Rechts. Wer sich über das Eigentum eines Gegenstands irrt, nicht weil er die zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse falsch beurteilt, sondern weil er ausschließlich in einem Irrtum über Rechtsnormen befangen ist (z. B. der Finder glaubt, die gefundene Sache werde sofort sein Eigentum), befindet sich in einem Rechtsirrtum, der jedenfalls nicht auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB. zur Anfechtung berechtigt[3]).

8. Noch ein anderes Erfordernis gilt für die Annahme des Eigenschaftsbegriffs: es muß sich um Verhältnisse handeln, die dem Gegenstand gegenwärtig anhaften. Das bedeutet zweierlei: einmal: die Eigenschaften müssen dem Gegenstand anhaften. Beziehungen des Gegenstands zur Umwelt, die nur vorübergehende Wirkungen zu äußern vermögen, sind keine Eigenschaften. Es ist immer Voraussetzung, daß die Umweltsbeziehungen von der Sache selbst ausgehen und ihr infolgedessen für eine gewisse

---

1) Enneccerus, a.a.O., I, § 157 Anm. 27 a. E., Krücken, Anfängliches Unvermögen und § 440 BGB., S. 31.

2) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 42; Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 4 d γ ββ.

3) Oertmann, a.a.O., Staudinger, a.a.O. (teilweise abweichend).

Dauer anhaften[1]). Zum andern: es können nur gegenwärtige Verhältnisse unter den Eigenschaftsbegriff fallen. Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch Beziehungen, die früher bestanden haben, eine Eigenschaft begründen können. Voraussetzung ist nur, daß sie auch noch in der Gegenwart ihren Einfluß zu äußern vermögen[2]). Wenn beispielsweise bei dem Kauf eines Geschäfts zugesichert wird, daß ein bestimmter Jahresumsatz erzielt wird, so beruht diese Zusicherung auf Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen; denn erst aus der Höhe des in der Vergangenheit erzielten Umsatzes kann ein Schluß auf den gegenwärtigen Umsatz gezogen werden[3]). Es wäre aber verfehlt, deshalb den Umsatz nicht als Eigenschaft anzusehen. Gerade er ist eine Beziehung, die auch in der Gegenwart dieselbe Bedeutung besitzt wie irgend eine andere Eigenschaft des Geschäftsgegenstands. Beziehungen die aus der Vergangenheit herrühren, sind dann als Eigenschaften anzusehen, wenn sie auch noch zur Zeit des Geschäftsabschlusses irgendwelche Wirkungen und einen Einfluß auf die Wertschätzung ausüben können. Da es sich immer um gegenwärtige Verhältnisse handeln muß, können Beziehungen, die erst künftig eintreten werden, keine Eigenschaften sein. Der Eigenschaftsbegriff besagt daß ein dem Gegenstand wirklich anhaftendes Merkmal vorliegen muß. Das ist aber nicht der Fall, wenn nur die Möglichkeit oder die Hoffnung besteht, daß in Zukunft einmal eine derartige Beziehung eintreten werde. Geschäfte, die in der Erwartung solcher künftiger Umstände abgeschlossen werden, beruhen bei Nichterfüllung der bei

1) RG. 148/286ff.; ebenso RG. 98/214: die vertraglichen Beziehungen einer Person zu Dritten sind als ein nur augenblicklich vorhandenes und nur vorübergehend mit der Person verbundenes Merkmal keine Eigenschaft.

2) Vgl. Meyer in Recht 05/674: „Ein in der Vergangenheit liegender Umstand kann eine Eigenschaft einer Sache nur herbeiführen, wenn die Wirkungen der in der Vergangenheit liegenden Tatsachen fortdauern".

3) Vgl. Warn. 35/54.

ihrem Abschluß gehegten Hoffnungen nicht auf einem Eigenschaftsirrtum, sondern regelmäßig auf einem reinen Irrtum im Motiv. Dies hat auch die Rechtsprechung anerkannt. Die Annahme, daß für ein verkauftes Grundstück die Wirtschaftskonzession erteilt werden werde, bedeutet ebensowenig eine Grundstückseigenschaft, wie das Versprechen, daß ein Grundstück in bestimmter Zeit baureif sein, oder daß sich hierfür bald ein Mieter finden werde[1]). Es ist allerdings zuzugeben, daß die Unterscheidung nicht in allen Fällen gleich einfach ist. So ist es durchaus denkbar, daß Verhältnisse zwar schon in der Gegenwart vorliegen, ihren entscheidenden Einfluß aber erst in der Zukunft äußern werden[2]). Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß es sich um gegenwärtige Verhältnisse handelt, die mit Recht zu den Eigenschaften gezählt werden.

§ 7. Die Verkehrswesentlichkeit von Eigenschaften.

1. Die Irrtumsanfechtung ist nicht schlechthin bei jedem Eigenschaftsirrtum gegeben. Das Gesetz fordert vielmehr, daß ein Irrtum über solche Eigenschaften vorliegen muß, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Es ist bekannt, daß gerade die Auslegung dieses Begriffs der Verkehrswesentlichkeit die Grundlage für eine Reihe von gegensätzlichen Theorien gebildet hat. Die engere und strenge Auffassung geht von der Lehre Savigny's aus, der als erster den Begriff des Irrtums überwesentliche Eigenschaften entwickelt hat. Nach Savigny[3]) ist der Irrtum über eine Eigenschaft der Sache dann ein wesentlicher, „wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigen-

1) Recht 08, 2310; RG. 52/431; 148/286 ff. (295); vgl. auch RG. 112/329 ff.: künftige Gestaltung der Rechtsprechung und Gesetzgebung.

2) Vgl. das bereits angeführte Beispiel des Umsatzes, der für den Geschäftskäufer erst nach einiger Zeit sichtbare Wirkungen äußern wird.

3) Zit. nach der Anführung bei Enneccerus, a.a.O., I § 157 Anm. 25: System 3, 283.

schaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört." Die Savigny'sche Definition hat offenbar auch noch bei der Abfassung des BGB. und bei den Beratungen der Kommission eine nicht unbedeutende Rolle gespielt. Hier sei nur an die bereits erwähnte Stelle in den Motiven erinnert[1]). Dort wird von einem Irrtum gesprochen, sofern der Gegenstand vermöge der vorausgesetzten Eigenschaften nach der Verkehrsanschauung zu einer ganz anderen Gattung oder Art gehören würde als wozu er wirklich gehört. Diese Auffassung, die von dem error in substantia und dem error in qualitate des römischen Rechts ausgeht, hält den Irrtum nur dann für wesentlich, wenn er das Wesen des Gegenstands betrifft. Sie hat zur Folge, daß die Möglichkeiten der Irrtumsanfechtung eng begrenzt sind und nur für eine verhältnismäßig geringe Anzahl von Fällen in Betracht kommen. Es ist richtig, daß das römische Recht beispielsweise nur den Irrtum über den Umstand, ob ein Gegenstand aus Gold oder Messing, Silber oder Blei hergestellt sei, nicht aber den Irrtum über die Güte einer Goldlegierung für erheblich erklärte[2]). Daraus darf aber keineswegs der Schluß gezogen werden, daß diese Auffassung, die im römischen Recht ihre Berechtigung haben mochte, auch heute noch dem weit verwickelteren und mannigfaltigeren Bedürfnis des täglichen Verkehrs gerecht werden könnte. Trotzdem gibt es auch jetzt noch eine Reihe von Anhängern dieser engen Auslegung, die sich eben zur Begründung ihrer Ansicht auf die gemeinrechtliche Theorie berufen[3]). Von diesem Standpunkt ausgehend ist es nur folgerichtig,

1) Mot. I, 199.

2) L 9 § 2, L 10, L 11, L 14 D. de contr. emt. 18, 1; Enneccerus, a.a.O., I § 157, III 3b.

3) Enneccerus, a.a.O., v. Tuhr, a.a.O., II, 1 S. 579. Burchard-de Boor, § 32, III, 4; Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, § 64, II, 2b; Warneyer, a.a.O., § 119, IV a. E. (2. Aufl.); Heinecke, a.a.O., S. 10.

wenn v. Thur[1]) die Ansicht vertritt, daß es wesentliche Eigenschaften eines Rechts regelmäßig überhaupt nicht geben kann. Denn falls eine Eigenschaft, welche für die Art und Gattung eines Rechts bestimmend ist, nicht vorliegt, so kann logischerweise nicht mehr von dem Vorhandensein dieses ursprünglichen Rechts gesprochen werden. Es besteht dann nicht ein mit dem Fehlen einer wesentlichen Eigenschaft behaftetes, sondern überhaupt ein anderes Recht. Folgt man daher der Savigny'schen Auffassung, so ergibt sich daraus als notwendige Folge, daß die Frage nach der Konkurrenzmöglichkeit von Irrtumsanfechtung und Rechtsmängelansprüchen von vornherein auf das Gebiet des Sachkaufs oder höchstens noch anderer Gegenstände, die weder Sachen noch Rechte sind, beschränkt ist. Beim Rechtskauf käme eine Irrtumsanfechtung wenigstens auf Grund des § 119 Abs. 2 dann schon deswegen nicht in Betracht, weil der Irrtum über eine verkehrswesentliche Rechtseigenschaft begrifflich ausgeschlossen wäre.

2. Eine Rechtsauslegung, die mit den fortschreitenden Bedürfnissen des Verkehrs Schritt halten soll, kann aber an der Savigny'schen Auffassung nicht mehr festhalten. Wenn Enneccerus[2]) sich zur Begründung der von ihm vertretenen Ansicht auf den Wortlaut berief, so übersah er dabei zweierlei: einmal verbietet uns, wie Gschnitzer[3]) richtig hervorhebt, seit Kant die Philosophie, von dem Wesen einer Sache und ihren wesentlichen Eigenschaften zu sprechen. Denn das „Wesen" an sich ist der menschlichen Erkenntnis nicht zugänglich. Zum andern kehrt der Begriff „wesentlich" im BGB. an einer Reihe von Stellen wieder, an denen er nichts anderes als „erheblich" bedeuten soll (z. B. §§ 229, 321, 351, 610, 650, 773, I, 2, 777, 1218, 1219 usw. BGB.[4]). Nur eine Gleichsetzung des

1) v. Tuhr, a.a.O., S. 578/79.

2) Enneccerus, a.a.O., I, 1 § 157, III, 3a (12. Bearb.).

3) Gschnitzer, Arch. Ziv. Prax., Bd. 121, S. 203.

4) Vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Gschnitzer Arch. ziv. Praxis, Bd. 121, S. 200 und Wolzendorff in Iher. Jahrbuch, 64/320.

Wortes „wesentlich“ mit dem Begriff „erheblich, bedeutsam“ kann auch für die Fälle der Irrtumsanfechtung zu gerechten Ergebnissen führen. Das ALR. bestimmte in I, 4 § 81: „Irrtum in solche Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet . . . die Willenserklärung“. Von einem „Wesen“ der Sache war hier keinesfalls die Rede. Und schließlich ist wirklich nicht einzusehen, warum die Tatsache, daß beispielsweise eine Wirtschaft einen bestimmten Getränkeverbrauch oder eine Maschine eine bestimmte Höhe an Betriebskosten aufzuweisen hat, weil nicht zum „Wesen“ des Gegenstands gehörend, für die Irrtumsanfechtung bedeutungslos sein sollte. Die Anschauung, daß auch solche erheblichen Eigenschaften Berücksichtigung finden, entspricht der jetzt durchaus herrschenden Lehre[1]). Auch die Rechtsprechung steht heute durchwegs auf diesem Standpunkt[2]).

3. Weitere Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung ist, daß die Eigenschaften für den Verkehr wesentlich sein müssen. Ob eine Eigenschaft wesentlich oder unwesentlich ist, bestimmt sich damit ausschließlich nach dem Geschäftszweck. Auch hier lassen sich wieder hauptsächlich zwei Meinungen unterscheiden: Während Oertmann[3]) den Begriff der Wesentlichkeit nach der typischen Besonderheit des Geschäftsverhältnisses beurteilt, da der Verkehr nicht für jedes konkrete Verhältnis eine besondere Norm bilden könne, bezieht Planck[4]) die Wesentlichkeit nur auf das einzelne konkrete Geschäft. Nicht die

---

1) RGRKom., a.a.O., § 119 Anm. 5; Planck, a.a.O., § 119, IV, 6; Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 4e; γ αα; Gmelin in Recht 07/749ff.; Wolzendorff in Iher. Jahrb. 64/511ff.

2) RG. 61/84 (grundlegend); 64/269; Warneyer 09/383; JW. 12/850. Darnach sind wesentliche Eigenschaften alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die für die Brauchbarkeit oder der Wert der Sache von Einfluß sind.

3) Oertmann, a.a.O., § 119, 4f 3; Staudinger, a.a.O; § 119 Anm. 29.

4) Planck, a.a.O., § 119 Anm. IV 2, 3.

typische, sondern die individuelle Eigenart des Rechtsverhältnisses bildet hiernach die Grundlage für jede Abwägung. Für den Verkehr als solchen, d. h. in seiner Allgemeinheit, wird es in vielen Fällen nicht wesentlich sein, ob ein Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft aufzuweisen hat oder nicht. Er wird sogar u. U. in einem Fall die gleiche Eigenschaft für erheblich und in einem anderen Fall für unerheblich ansehen. Ob eine Eigenschaft wesentlich ist, kann daher immer nur unter Beziehung auf das einzelne Geschäft in seiner konkreten Form entschieden werden. Nicht eine nur von allgemeinen Gesichtspunkten ausgehende Bestimmung, die aus einer Vergleichung sämtlicher unter den gleichen Typ fallender Rechtsgeschäfte gewonnen wird, sondern die unmittelbare Beziehung auf das einzelne vorliegende Geschäft mit all seinen Besonderheiten bestimmt den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften.

4. Wenn demnach auch Inhalt und Umfang des einzelnen Rechtsverhältnisses entscheidend sind, so wäre es doch verfehlt, aus der konkreten Gestaltung des Geschäfts allein Schlüsse für die Verkehrswesentlichkeit zu ziehen. Denn auch die Beurteilung eines konkreten Sachverhalts geht letzten Endes immer wieder von bestimmten Vorstellungen aus, die diesen Sachverhalt in Beziehung zu anderen Verhältnissen setzen. Was für das einzelne konkrete Geschäft wesentlich oder unwesentlich ist, kann, wenn der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft nicht verschwommen werden soll, nicht der einzelne, sondern nur die gesamte Verkehrsauffassung entscheiden. Die generell geartete Grundlage der Verkehrsauffassung bietet erst die Möglichkeit zu entscheiden, ob eine Eigenschaft im konkreten Fall verkehrswesentlich ist oder nicht. Erst aus einer Verbindung der einen objektiven Maßstab bildenden Verkehrsanschauung mit den Besonderheiten des konkreten Falles kann der Begriff der Verkehrswesentlichkeit gewonnen werden[1]). Da die Verkehrsanschauung

1) Planck, a.a.O., § 119 IV, 3.

in der Regel die „Durchschnittsmeinung verständiger Männer über eine Sache“ [1]) darstellen wird, wird mit dem Erfordernis, daß eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen muß, eine weitere Voraussetzung der Irrtumsanfechtung weitgehend übereinstimmen: nämlich, daß der Irrende bei Kenntnis und verständiger Würdigung der Sachlage seine Erklärung nicht abgegeben haben würde. Damit kommen wir aber zu den subjektiven Voraussetzungen des Tatbestands, die erst weiter unten zu erörtern sein werden [2]).

§ 8. Zeitliche Voraussetzungen.

Wir sind bisher von einer Untersuchung der Begriffe „Rechtsmangel“ und „verkehrswesentliche Eigenschaft“ ausgegangen. Das Gesetz läßt aber die Folgen der Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung erst dann eintreten, wenn gleichzeitig weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt zunächst bezüglich des Zeitpunktes, in dem der Rechtsmangel, bezw. die verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen muß.

1. Wie bereits erwähnt, ist die dem Verkäufer nach § 434 BGB. obliegende Verpflichtung, den Kaufgegenstand frei von Rechtsmängeln zu verschaffen, eine Leistungspflicht. Daraus folgt, daß sie gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand oder des verkauften Rechts zu erfüllen ist. Die Haftung des Verkäufers bezieht sich also nach § 434 BGB. nur auf die zur Zeit des Eigentumsübergangs begründeten Rechte [3]). Wenn demnach sich der Verkäufer nach § 455 BGB. bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehält, so hat er seiner Rechtsverschaffungspflicht ebenfalls erst mit Uebergang

1) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 17.

2) Vgl. § 8 d. Arb.

3) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 9; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 1; RG. 111/89; 120/292 ff. (295).

des Eigentums zu genügen[1]). Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist hierfür bedeutungslos. Das RG. hat seine gegenteilige Ansicht, nach der nur die zur Zeit des Kaufsabschlusses begründeten Rechte unter § 434 BGB. fallen[2]), in neueren Entscheidungen ebenfalls aufgegeben[3]). Gleichwohl entsteht die Verpflichtung des Verkäufers bereits mit dem Augenblick des Kaufabschlusses; daher ist es nicht erforderlich, daß der Rechtsmangel bereits bei Eigentumsübergang wirksam gegen den Käufer geltend gemacht werden kann[4]). Es genügt vielmehr, wenn er in Rechtsverhältnissen begründet ist, die schon zur Zeit des Eigentumsübergangs bestanden haben, sofern nur die Möglichkeit besteht, daß deswegen später Ansprüche erhoben werden können[5]).

2. Der Grundsatz, daß die Rechtsmängelhaftung nicht die zur Zeit des Kaufsabschlusses, sondern die zur Zeit des Eigentumsübergangs bestehenden Rechte umfaßt, erfährt gewisse Ausnahmen bei dem Kauf von Rechten. Der Verkäufer eines Rechts haftet nach § 434 BGB. nicht nur dafür, daß es nicht mit Rechten Dritter belastet ist, sondern nach § 437 BGB. unbeschränkt dafür, daß die verkaufte Forderung oder das sonstige Recht überhaupt besteht. Diese unbeschränkte Haftung bezieht sich aber nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags. Von da ab haftet der Verkäufer bis zur Erfüllung des Kaufvertrags nur nach den Bestimmungen über nachträgliche Unmöglichkeit gemäß §§ 275, 323 ff., BGB.[6]). Die gegen-

1) Saudinger, a.a.O., RGRKom., a.a.O., Planck, a.a.O., § 434, 3; Herberg, a.a.O., S. 14/15; RG. 83/215; JW. 14/143; a. A.: Oertmann, Handb. f. Handelsr. IV, 2 S. 421/22.

2) RG. 99/56 ff. (60).

3) Vgl. RG. 111/86 ff. (89); 120/292 ff. (295).

4) RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 1; Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 8/9.

5) Staudinger, a.a.O., § 434 Anm. 9; Oertmann, BGB., § 434 Anm. 2a; Behling, a.a.O., S. 17; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 1; RG. 111/86 ff. (89); JW. 25/1992.

6) Vgl. § 11 d. Arb.; Planck, a.a.O., § 437 Anm. 2a 1b.

teilige Ansicht Titze[1]), daß die unbeschränkte Haftung des Verkäufers bis zur Erfüllung des Vertrags, d. h. bis zur Abtretung der verkauften Forderung oder des Rechts dauern solle, wird heute nur noch vereinzelt vertreten[2]). Wird dagegen von dem Verkäufer auch die Haftung für die Güte der Forderung übernommen, so bezieht sich nach der Auslegungsregel des § 438 BGB.[3]) diese Haftungsübernahme regelmäßig auf die Zeit der Abtretung. Für die Verkäuferhaftung kommt daher in diesem Fall weder der Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags noch der Zeitpunkt der Forderungseinziehung in Betracht. Allerdings ist zu beachten, daß § 438 BGB. an sich aus dem Rahmen der Haftung für Rechtsmängel herausfällt, da die Uneinbringlichkeit einer Forderung keinen Rechtsmangel im eigentlichen Sinn darstellt, und daß durch die genannte Vorschrift nur für den Fall einer vertragsmäßigen Haftungsübernahme eine Auslegungsregel aufgestellt wird. Besonders bei dem Verkauf nicht fälliger Forderungen wird anzunehmen sein, daß sich die Haftung auf einen späteren Zeitpunkt, z. B. den der Fälligkeit, beziehen soll[4]). Eine Haftung des Verkäufers ergibt sich, selbst wenn man auch hier nur den Zeitpunkt der Abtretung für maßgebend erachten wollte, in vielen — wenn auch nicht in allen — Fällen bereits daraus, daß der Schuldner schon bei der Abtretung zahlungsunfähig war. Auch bei der ebenfalls nach § 438 BGB. zu beurteilenden[5]) Haftungsübernahme für die Güte einer Hypothek wird viel-

1) Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerl. Recht, S. 265ff.

2) Staudinger, a.a.O., § 437 Anm. 13; Oertmann, a.a.O., § 437 Anm. 1b; RGRKom., a.a.O., § 437, 4; Soergel, a.a.O., § 437, 4; JW. 1934/829.

3) Staudinger, a.a.O., § 438 Anm. 1, 2; Oertmann, a.a.O., § 438 1; RGRKom., a.a.O., § 438 Anm. 1.

4) Staudinger, a.a.O., § 438 Anm. 6; Planck, a.a.O., § 438 Anm. 1; Oertmann, a.a.O., § 438 Anm. 2; Fischer-Henle, a.a.O., § 438 Anm. 3; OLG. 40/293; a. A.: Enneccerus, a.a.O., II § 106 Anm. 14.

5) Oertmann, a.a.O., § 438 Anm. 6; Staudinger, a.a.O., § 438 Anm. 9.

fach der Umstand, daß es sich um eine erst später fällig werdende Forderung handelt, einen Anhaltspunkt dafür geben, daß der Verkäufer die Garantie für einen späteren Zeitpunkt als den der Abtretung auf sich genommen hat[1]).

3. Während sich also abgesehen von den Besonderheiten der §§ 437, 438 BGB. die Haftung des Verkäufers für das Vorliegen von Rechtsmängeln auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bezieht, ist für die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Willenserklärung abgegeben worden ist. Oertmann[2]) vertritt die Ansicht, daß § 119 Abs. 2 BGB. auf abstrakte Geschäfte tatsächlich unanwendbar sei. Dagegen betont Staudinger[3]) mit Recht, daß es keinen Grund gebe, die Anfechtung dann nicht zuzulassen, wenn bei dem abstrakten Erfüllungsgeschäft ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorlag. Auch das Reichsgericht[4]) hat sich für eine gemeinsame Anfechtung des Kausal- und des abstrakten Erfüllungsgeschäfts ausgesprochen, wenn beide in einem einheitlichen Willensakt zusammenfallen und dieser durch einen Irrtum maßgeblich beeinträchtigt wird. Freilich wird, wenn bei dem Erfüllungsgeschäft eine die Anfechtung begründende irrtümliche Vorstellung vorhanden war, auch meist schon bei dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft der gleiche Irrtum vorgelegen haben. In diesem Fall ist ebenso wie dann, wenn Kausal- und Erfüllungsgeschäft zeitlich zusammenfallen, die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung unter allen Umständen gegeben.

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn Kausal- und Erfüllungsgeschäft oder — für das Gebiet des Kaufs konkret ausgesprochen — Kaufsabschluß und Eigentumsübertragung zu verschiedenen Zeitpunkten stattgefunden

---

1) Staudinger, a.a.O.; Recht 07/2533; 08/2644.

2) Oertmann, a.a.O., § 119, 4h.

3) § 119 Anm. 15; ebenso Korintenberg-Wenz, ZVG., S. 38; vgl. auch Planck, a.a.O., § 119, V, 2.

4) RG. 66/390.

haben und die verkehrswesentliche Eigenschaft bei einem der beiden Geschäfte gefehlt hat. Fälle dieser Art werden allerdings die Ausnahme bilden. Es ist aber immerhin denkbar, daß eine wesentliche Eigenschaft zur Zeit des Kaufsabschlusses vorhanden war und im Augenblick der Eigentumsübertragung nicht mehr besteht. Läßt man die Irrtumsanfechtung bei abstrakten Geschäften überhaupt zu, so muß man folgerichtig dem Käufer auch in diesem Fall die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung gewähren. Auch der umgekehrte Fall ist möglich: die wesentliche Eigenschaft fehlte im Augenblick des Kaufsabschlusses, bestand aber zur Zeit der Eigentumsübertragung. Ist hier die Anfechtung bereits erfolgt, bevor der Fehler weggefallen, bezw. die Eigenschaft vorhanden war, so kann der Umstand, daß später die Eigenschaft vorlag, keine Berücksichtigung mehr finden. Die Anfechtung ist vielmehr zu Recht erfolgt. Praktische Bedeutung wird dieser Fall allerdings kaum bekommen können, denn wenn der Käufer bereits vor der Eigentumsübertragung angefochten hat, wird es regelmäßig nicht mehr zu einer nachfolgenden dinglichen Einigung, bei der die wesentliche Eigenschaft vorliegen könnte, kommen. Möglich ist aber auch, daß die Anfechtung erst nach der Eigentumsübertragung erfolgt. Würde man hier die Anfechtung zulassen, obwohl die Kaufsache jetzt die vor der Eigentumsübertragung fehlende Eigenschaft aufzuweisen hat, so würde dies nur den Zweck haben, den Verkäufer in dauernde Unruhe zu versetzen. Diese Folge wäre aber umso bedenklicher, als der Käufer auf Grund des Kaufvertrags alles erhalten hat, was er zu beanspruchen hatte. Es darf ihm daher in diesem Falle auch nicht mehr die Befugnis der Anfechtung zustehen [1]).

1) Krückmann, in Arch. ziv. Prax. 101/394; Schmidt, Anschauungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander, S. 27; vgl. Korintenberg-Wenz, a.a.O., S. 38: Die Einigung ist gültig; der Veräußerer kann aber von dem Erwerber Rückübertragung des Eigentums fordern, wenn nicht aus den Umständen erhellt, daß durch die Einigung der Kaufvertrag bestätigt werden sollte.

B. Subjektive Voraussetzungen.

§ 9. Unkenntnis und Irrtum des Käufers.

1. Die Haftung für Rechtsmängel ist ebenso wie die Irrtumsanfechtung von bestimmten subjektiven Voraussetzungen abhängig. Der Verkäufer haftet nach § 439 BGB. für einen Rechtsmangel dann nicht, wenn dieser dem Käufer bei Abschluß des Kaufvertrags bekannt war. Nach dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes schließt lediglich die positive Kenntnis des Käufers die Haftung des Verkäufers aus. Im Gegensatz zu der im Gesetz getroffenen Regelung bei der Sachmängelhaftung, die den Verkäufer nicht nur dann, wenn der Käufer den Sachmangel kennt, sondern auch dann, wenn er ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, von der Haftung befreit, ist bei der Rechtsmängelhaftung die tatsächliche Kenntnis entscheidend. Der im BGB. häufig wiederkehrende Grundsatz, positive Kenntnis und verschuldete Unkenntnis hinsichtlich ihrer Auswirkungen gleichzustellen[1]), kann hier vor allem deshalb nicht Platz greifen, weil der Verkäufer auf Grund des § 444 BGB. verpflichtet ist, dem Käufer über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufsgegenstands Auskunft zu erteilen[2]). Deshalb haftet der Verkäufer selbst dann, wenn die Unkenntnis des Käufers auf einem Verschulden beruht[3]). Dies gilt sogar für den Fall der grobfahrlässigen Unkenntnis[4]). Da der Käufer nicht verpflichtet ist, sich nach etwaigen Rechtsmängeln zu erkundigen, kann er den Verkäufer hierfür auch dann in Anspruch nehmen, wenn er bei Kaufabschluß darüber im unklaren war, ob ein Mangel vorliegt oder nicht[5]). Allerdings sind auch hier die besonderen Umstände des

1) Vgl. §§ 122 Abs. 2, 125 Abs. 2, 932 Abs. 2, 937 Abs. 2 BGB.

2) Mot. II, § 216; RG. 59/400; 96/227; JW. 06/10.

3) Mot. a.a.O., RGRKom., a.a.O., § 439 Anm. 2; Meisner, a.a.O., § 439 Anm. 1; RG. 96/227.

4) Planck, a.a.O., § 439, 1 a; Herberg, a.a.O., S. 36; RG. 59/408; Recht 03/2775.

5) Staudinger, a.a.O, § 439 Anm. 4.

einzelnen Falles besonders scharf abzuwägen. So hat das Reichsgericht angenommen, daß der Käufer einer Maschine Rechtsmängelansprüche erheben kann, auch wenn ihm bekannt ist, daß über den Kaufgegenstand Patentstreitigkeiten schweben[1]). Andererseits ist eine Rechtsmängelhaftung verneint worden, weil der Käufer wußte, daß ein Dritter Eigentumsansprüche erhob, gleichgültig, ob er dessen Rechte für begründet oder unbegründet hielt[2]). Außerdem wird man den Verkäufer dann von der gesetzlichen Haftung des § 439 Abs. 1 BGB. befreien müssen, wenn der Käufer es wider Treu und Glauben vereitelt, von dem Mangel Kenntnis zu erhalten, indem er beispielsweise eine ihm zugegangene diesbezügliche Mitteilung einfach unterdrückt[3]). Auf welche Weise der Käufer von dem Bestehen eines Rechtsmangels Kenntnis erhält, ist gleichgültig[4]). Wenn auch das Gesetz positive Kenntnis auf Seite des Käufers voraussetzt, so ist damit doch nicht gesagt, daß der Käufer sich auch der rechtlichen Tragweite des ihm an sich bekannten Mangels bewußt sein muß[5]) Umgekehrt geht er durch die Kenntnis rein tatsächlicher Umstände, die nicht auf das Bestehen eines Rechtsmangels dringend hinweisen, der ihm zustehenden Gewährschaftsrechte nicht verlustig[6]).

2. Die Kenntnis des Käufers muß im Augenblick des Kaufabschlusses vorliegen. Erhält er erst nach diesem Zeitpunkt von dem Vorhandensein eines Rechtsmangels Kenntnis, so wird der Verkäufer von seiner Haftung nicht befreit. Nicht der Augenblick des dinglichen, sondern der des obligatorischen Vertrags ist für die Kenntnis maßgebend. Während bei den Sachmängeln der Käufer bei vor-

1) Gruchot, 55/908 ff.

2) Recht 07/1630; vgl. auch 12/1454.

3) Oertmann, a.a.O., § 439, 1b; Herberg, a.a.O.

4) Mot. II, 215; Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 8; Planck, a.a.O., § 439 Anm. 1a; Soergel, a.a.O., § 439 Anm. 1; RG. 52/274.

5) Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 5; Planck, a.a.O., RG. 52/167; LZ. 13/322.

6) Staudinger, a.a.O., JW. 11/646.

behaltsloser Annahme der Kaufsache in Kenntnis des Sachmangels seine Rechte verliert (§ 464 BGB.), ist für die Rechtsmängelhaftung eine entsprechende Vorschrift nicht getroffen[1]). § 464 BGB. kann hier auch nicht entsprechend angewendet werden[2]). Allerdings ist zu beachten, daß der Käufer, dem der Rechtsmangel bei Schließung des obligatorischen Vertrags unbekannt, bei Abschluß des dinglichen Vertrages aber bekannt war, unter Umständen bei vorbehaltsloser Annahme durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet. Ob aber hierin regelmäßig ein Verzicht des Erwerbers auf die Gewährleistung zu erblicken ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden[3]).

Eine Ausnahme gilt für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sowie für Vormerkungen, die zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte dienen. Diese Rechte und Vormerkungen hat der Verkäufer — von anderweitigen Abmachungen abgesehen — selbst dann zu beseitigen, wenn sie der Käufer kennt (§ 439 Abs. 2 BGB.).

3. Die Rechtsmängelhaftung verlangt, daß der Käufer den Mangel im Recht nicht kennt. Die Irrtumsanfechtung geht dagegen von dem Irrtum aus. Der Irrtum besteht seinem Wesen nach darin, daß der Erklärende in falschen Vorstellungen befangen ist[4]). Er bedeutet also zunächst eine unrichtige Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse. Während bei der Rechtsmängelhaftung nur negativ die Unkenntnis von dem Vorhandensein etwaiger Rechtsmängel vorausgesetzt wird, ist für die Anfechtung positiv ein irriger Glaube an das Bestehen verkehrswesentlicher Eigenschaften erforderlich. Das Gesetz setzt allerdings

---

1) Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 6; OLG. 24/317

2) Planck, a.a.O., § 439 Anm. 1a; Recht 15, 1052.

3) Staudinger, a.a.O., Mot. II, S. 216; vgl. auch Behling, a.a.O., Seite 36.

4) Planck, a.a.O., § 119, I, 3; Fischer-Henle, a.a.O., § 119, Anm. 4; RG. 85/322 ff.

das Bestehen einer bestimmten unrichtigen Vorstellung und das gänzliche Fehlen jeglicher Vorstellung insofern gleich, als es die unbewußte Unkenntnis und den Irrtum im engeren Sinn für gleichbedeutend erachtet[1]). Keinesfalls ist aber jeder Fall der Unkenntnis auch gleichzeitig ein Fall des Irrtums. Der Irrtum ist begrifflich ein Mangel, der dem Erklärenden nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Wer dagegen eine Erklärung abgibt, obwohl er weiß, daß er ihren Inhalt nicht kennt, befindet sich zwar in Unkenntnis, er ist aber nicht im Irrtum[2]). Bei der bewußten Unkenntnis kann von einem Irrtum keine Rede mehr sein. Ebenso liegt ein Irrtum dann nicht vor, wenn der Erklärende an dem Bestehen einer Tatsache gezweifelt hat. Derjenige, der nur hofft, daß die wesentliche Eigenschaft vorhanden sein werde, geht bewußt ein Wagnis ein, das er bei Nichterfüllung der von ihm gehegten Erwartungen nicht wieder im Weg der Anfechtung beseitigen kann[3]). Andererseits ist es nicht erforderlich, daß der Irrtum dem anderen Teil erkennbar geworden ist[4]). Es ist auch nicht ausschlaggebend, ob der Irrtum entschuldbar ist oder nicht. Dem Grundsatze folgend: „Irren ist menschlich" steht daher die Anfechtung dem Erklärenden sogar dann zu, wenn sein Irrtum auf einem Verschulden beruht[5]). Die Frage des Verschuldens ist hier ebenso bedeutungslos wie bei der Rechtsmängelhaftung für die Unkenntnis des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB. Selbst grobe Fahrlässigkeit schließt die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung nicht aus[6]).

Das Vorliegen eines Irrtums berechtigt für sich allein den Erklärenden noch nicht zur Anfechtung. Das Gesetz

1) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 47; RG. 62/201 ff.; 85/322.

2) Staudinger, a.a.O., RGRK., a.a.O., § 119 Anm. 2; Planck, a.a.O., § 119 1, 3.

3) RG. 85/322 ff.

4) Meisner, a.a.O., § 119, IV; Seuff. Arch. 68 Nr. 2; Recht 30/780.

5) Planck, a.a.O., § 119 Anm. 5c; Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 9; RG. 62/201.

6) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 51.

setzt vielmehr als weitere subjektive Voraussetzung fest, daß der Irrtum ein erheblicher sein muß; das ist nur dann der Fall, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende bei Kenntnis und verständiger Würdigung der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Wenn diese Einschränkung in § 119 Abs. 2 BGB. auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, so ergibt sie sich doch aus der Verbindung des Abs. 1 mit Absatz 2 [1]). Der für die Willenserklärung kausale Irrtum wird damit gleichzeitig sowohl unter subjektiven wie unter objektiven Gesichtspunkten beurteilt: subjektiv, weil entscheidend ist, ob der Erklärende die Willenserklärung abgegeben hätte, objektiv, weil die Frage darnach beurteilt wird, ob bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung des Irrenden in Wegfall gekommen wäre. Weder die einseitige Betonung der subjektiven noch die ausschließliche Hervorhebung der objektiven Betrachtungsweise, sondern nur die Verbindung beider Gesichtspunkte ist mit dem Gesetz vereinbar und führt zu gerechten Ergebnissen [2]). Freilich darf dies nicht dazu führen, die Frage getrennt von verschiedenen Standpunkten aus zu beurteilen. Entscheidend ist nicht, ob bei Kenntnis der wahren Sachlage irgend ein verständiger Mann die Erklärung abgegeben hätte; es kommt vielmehr darauf an, ob der Irrende, als verständiger Mann gedacht, das Geschäft in der geschehenen Weise vorgenommen hätte [3]).

Aus der Natur des Irrtums ergibt sich, daß dieser im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung vorliegen muß. Er kann sowohl bei kausalen wie bei abstrakten Geschäften Bedeutung gewinnen.

---

1) Oertmann, a.a.O., § 119, 4g β; Planck, a.a.O., § 119, V, 1; Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 17, 36; Heinecke, a.a.O., S. 14; Seuff. Arch. 77 Nr. 23.

2) Vgl. Ueber die widersprechenden Meinungen: Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. 5.

3) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 36.

II. Teil.

Die Folgen der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung.

§ 10. Die Einschränkung der Rechtsmängelhaftung durch den Grundsatz des gutgläubigen Erwerbs. Die Klage auf Erfüllung. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

1. Wie schon eingangs betont, spielt die Rechtsmängelhaftung gegenüber der Sachmängelhaftung eine untergeordnete Rolle, d. h. die Fälle, in denen das Vorliegen eines Rechtsmangels behauptet wird, sind weit seltener als die Fälle, in denen Sachmängel geltend gemacht werden. Diese Tatsache läßt sich aus verschiedenen Gesichtspunkten erklären.

Der Verkäufer, der dem Käufer lastenfreies Eigentum an dem Kaufgegenstand übertragen hat, hat seiner Verpflichtung genügt. Eine Rechtsmängelhaftung kann nicht mehr in Betracht kommen. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Verkäufer selbst lastenfreies Eigentum besessen und dieses gemäß § 929 BGB. auf den Käufer übertragen hat. Es ist aber auch möglich, daß der Verkäufer nur ein mit Rechten Dritter belastetes oder überhaupt kein Eigentum besitzt und der Käufer dennoch die volle vertragliche Leistung erhält. Jene Folge tritt namentlich dann ein, wenn der Käufer auf Grund seines guten Glaubens gemäß §§ 892, 932, 936 BGB. Eigentümer wird[1]). Der gute Glaube des Käufers ist allerdings in den Fällen der §§ 935 Abs. 1, 1404, 404 (Kauf von Rechten) BGB. bedeutungslos. In all den Fällen jedoch, in denen der Käufer nur eine rechtsmangelhafte Leistung erhalten hat, kann er gegen den Verkäufer nach § 440 BGB., der auf die §§ 320—327 BGB. verweist, Ansprüche erheben.

1) Vgl. auch § 366 HGB.

2. Wenn davon ausgegangen wird, daß der Verkäufer auf Grund des Kaufvertrags zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist, so ist es am nächstliegendsten, dem Käufer einen Anspruch auf Erfüllung dieser Verkäuferpflicht zu gewähren. Er kann daher auf nachträgliche Erfüllung klagen, d. h. darauf, daß ihm das Eigentum verschafft oder etwaige andere Rechte Dritter beseitigt werden[1]). Die Klage auf Erfüllung ist auch dann möglich, wenn dem Verkäufer schon zur Zeit des Kaufsabschlusses die Verschaffung des Kaufgegenstands nicht möglich war, z. B. beim Kauf einer fremden Sache[2]). Eine derartige subjektive Unmöglichkeit berührt die Gültigkeit des Vertrages nicht, da der Verkäufer dafür einzustehen hat, daß er bei Fälligkeit seiner Verpflichtung die ihm obliegende Leistung erbringen wird. Ist dagegen die dem Käufer obliegende Verpflichtung schon von Anfang an objektiv unmöglich, so besteht das Schuldverhältnis entweder überhaupt nicht oder nur mit einem veränderten Inhalt, z. B. Schadensersatzansprüchen[3]), fort.

3. Der einfachste Rechtsbehelf des Käufers, um Ansprüche des Verkäufers bei mangelhafter Leistung abzuwehren, ist die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB.). Der nicht zur Vorleistung verpflichtete Käufer kann die Zahlung des Kaufpreises und sonstiger etwa übernommener Nebenverpflichtungen verweigern, bis der Verkäufer seinerseits seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommt. Dem Käufer steht beim Vorliegen eines Rechtsmangels die Einrede auch dann zu, wenn die ding-

---

1) Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 6a; Planck, a.a.O., § 440 Anm. 3; Oertmann, a.a.O., § 440, 2b; Warneyer, a.a.O., § 440; RG. RK., a.a.O., § 440 Anm. 1b; Behling, a.a.O., S. 45; Herberg, a.a.O., S. 46; Klee, a.a.O., S. 37. Die Zwangsvollstreckung erfolgt gemäß §§ 894, 897 ZPO.

2) Planck, a.a.O., § 440 Anm. 3; Staudinger, a.a.O., Herberg, a.a.O., S. 47; Klee, a.a.O., S. 38.

3) Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 164; Klee, a.a.O.

liche Einigung schon erfolgt ist[1]). Um aber dem Vertragsteil, der sich auf die Nichterfüllung des Vertrags beruft, keine unberechtigten Vorteile zukommen zu lassen, bestimmt § 320 Abs. 2 BGB., daß bei teilweiser Nichterfüllung die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden darf, als die Verweigerung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Wann dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage entschieden werden. Das Gesetz führt als Beispiel lediglich verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teils an.

4. Die Frage, ob ein Kaufvertrag völlig oder teilweise nicht erfüllt ist, kann vor allem auf dem Gebiet der Rechtsmängelhaftung Schwierigkeiten bereiten. Liegt teilweise oder vollständige Nichterfüllung vor, wenn der Verkäufer die gekaufte Sache dem Käufer zwar übergeben, aber daran kein Eigentum verschafft hat? Titze[2]) vertritt die Ansicht, daß der Verkäufer, der kein Eigentum verschafft habe, überhaupt nicht erfüllt habe. Demgegenüber nimmt die herrschende Meinung wohl mit Recht an, daß hier nur teilweise nicht erfüllt sei[3]).

Ist die Leistung des Verkäufers zufällig unmöglich geworden, so ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausgeschlossen, da hier die §§ 275, 323 BGB. zur Anwendung kommen[4]). Freilich trifft dies nur dann zu, wenn der Verkäufer den ihm obliegenden Beweis, daß seine Leistung ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist

---

1) Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 10; Planck, a.a.O., § 440 Anm. 2; Oertmann, a.a.O., § 440 Anm. 2a; Klee, a.a.O., S. 36; Herberg, a.a.O., S. 48; RG. 108/280.

2) Titze, a.a.O., S. 44, ebenso Endemann, a.a.O., § 160, 3a Anm. 23b; Behling, a.a.O., S. 55.

3) Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 3; RGRKom., a.a.O., § 433, 8, I; Oertmann, a.a.O., § 433, 2a δ; Planck, a.a.O., § 433 Anm. 6a; Warneyer, a.a.O., § 433, IV; Gierke, a.a.O., § 193, III; RG. 85/322; 95/106.

4) Staudinger, a.a.O., § 320, I, 1b; Oertmann, a.a.O., § 320 Anm. 9; Enneccerus, a.a.O., II, § 33, I, 1a.

(§ 282 BGB.), erbringen kann. Die Einrede kann dagegen auch gegeben sein, wenn mehrere Verkäufer beteiligt sind (§ 320 Abs. 1 S. 2 BGB.) oder wenn der Fall des § 321 BGB. vorliegt.

Bei Erhebung der Einrede wird der Käufer nach Maßgabe des § 322 BGB. verurteilt[1]). Allerdings greift bei der Rechtsmängelhaftung durch § 442 BGB. eine wesentliche Aenderung der Beweislastfrage ein. Während sonst der Kläger beweisen muß, daß er erfüllt habe, sodaß bei Nichtgelingen des Beweises Verurteilung Zug um Zug erfolgt, hat nach § 442 BGB. der Käufer das Vorliegen eines Rechtsmangels zu beweisen. Das bedeutet praktisch, daß der Käufer dem Verkäufer dessen Nichterfüllung nachzuweisen hat und bei nicht erfolgreicher Beweisführung unbedingt verurteilt wird[2]).

§ 11. Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung.

1. Die wichtigsten Rechtsbehelfe, auf die § 440 BGB. verweist, sind die aus § 323—327 BGB. entspringenden Rechtsfolgen. Diese können, je nachdem es sich um ursprüngliche oder nachträgliche, um subjektive (Unvermögen) oder objektive Unmöglichkeit handelt, verschiedene Erfolge nach sich ziehen. Wenn auch eine Leistung durch das Vorhandensein von Schwierigkeiten regelmäßig noch nicht unmöglich wird, so können diese im Einzelfall doch so groß werden, daß die Leistungsbewirkung für den Leistenden unerträgliche und durch die Natur des Vertragsverhältnisses nicht gerechtfertigte Härten mit sich bringen würde. Derartige überobligationsmäßige Schwierigkeiten müssen im Hinblick auf § 242 BGB. dazu führen, die Leistung als unmöglich zu behandeln.

2. Für die Rechtsmängelhaftung scheidet der Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit aus. Denn

---

1) Zwangsvollstreckung gem. §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO.

2) Staudinger, a.a.O., Oertmann, a.a.O., § 320, 1, 2; RGRKom., a.a.O., § 320, Anm. 8.

hier ist der Kaufvertrag überhaupt nichtig (§ 306 BGB.), sodaß auch Mängelrechte nicht geltend gemacht werden können[1]). Es ergeben sich vielmehr unter Umständen nur Schadensersatzansprüche nach Maßgabe des § 307 BGB.

In den §§ 320—327 BGB. ist nur von Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit die Rede. Das Gesetz hat allerdings in § 275 Abs. 2 BGB. das nachträgliche Unvermögen des Schuldners der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt. Andererseits muß aber aus § 306 BGB. im Zusammenhang mit den Motiven[2]) geschlossen werden, daß anfängliche subjektive und objektive Unmöglichkeit nicht die gleichen Wirkungen erzeugen sollen. Die der herrschenden Lehre entsprechende Ansicht hält daher den Vertrag auch bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners für gültig[3]). Meinungsverschiedenheiten bestehen aber hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen seinem Vertragsgegner haftet. Meistens wird angenommen, daß der Schuldner beim Vertragsschluß für seine Leistungsfähigkeit garantiere und infolgedessen ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden für das Erfüllungsinteresse einzustehen habe[4]). Dieser verschiedenen Behandlung von ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit kann auch nicht entgegengehalten werden, daß sie zu unbilligen Ergebnissen führe. Im Gegensatz zum nachträglichen Un-

---

1) RG. 105/349.

2) Mot. II, S. 176: „Verstanden ist die objektive Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen".

3) Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor §§ 275ff.; Oertmann, a.a.O., § 306, I b; Planck, a.a.O., § 306, 3; Warn., a.a.O., § 306, I; RGR.-Kom., a.a.O., § 306, 2; Cosack, a.a.O., § 156, I; Crome, a.a.O., § 166, I, 2; Kreß, a.a.O., S. 113; RG. 69/355; 80/250; 81/63; OLG. 9/282; a. A.: Eckstein in Arch. b. Recht, 37/418.

4) Staudinger, Oertmann, Warneyer, RGRKom., Cosack, RG., sämtlich a.a.O., Mot. II, S. 216/220; a. A. Titze, a.a.O., S. 248 (Anwendung des § 275 BGB. auch bei ursprünglichem Unvermögen); dagegen mit Recht Krücken, a.a.O., S. 35.

vermögen ist sich der Schuldner bei Abschluß des Vertrags seiner Leistungspflicht in vollem Umfang bewußt: durch seine vertragliche Verpflichtung versichert er, der übernommenen Leistungspflicht gewachsen zu sein[1]). Das Interesse des Gläubigers an der Leistung verlangt, daß der Schuldner sich bei Vertragsschluß sorgfältig darüber vergewissert, ob er auch wirklich zur Erbringung der Leistung imstande ist. Der Verkäufer einer fremden Sache, der weiß, daß er niemals die Zustimmung des Verkäufers zum Verkauf erhalten wird, verdient keinen Schutz und haftet dem Käufer auf das Erfüllungsinteresse. Das ist unbestritten. Aber auch dann, wenn dem Verkäufer zur Zeit des Kaufs sein mangelndes Eigentum unbekannt ist, verlangt die Verkehrssicherheit, daß der Verkäufer für die Erfüllung einzustehen hat[2]).

2. Allerdings ist es richtig, daß durch die Verweisung des § 440 BGB. auf die Vorschriften der §§ 320—327 BGB. der Eindruck entstehen könnte, als ob im Gebiete der Rechtsmängelhaftung auch für die Fälle des ursprünglichen Unvermögens die Regeln der nachträglichen Unmöglichkeit zur Anwendung kommen sollten. Dem steht aber nicht nur die sich aus §§ 433, 434 BGB. ergebende Verschaffungspflicht des Verkäufers entgegen, sondern auch die Tatsache, daß nach § 439 Abs. 1 BGB. der Verkäufer einen Rechtsmangel nur bei Kenntnis des Käufers nicht zu vertreten hat. Daraus muß aber geschlossen werden, daß in allen anderen Fällen eine solche Vertretungspflicht besteht. Der Verkäufer hat daher für sein ursprüngliches Unvermögen ohne Rücksicht auf § 440 BGB. nach den allgemeinen Vorschriften einzustehen[3]).

1) Endemann, a.a.O., § 113, 1.

2) Die von Krücken, a.a.O., S. 25/26 zur Stützung der Gegenansicht angeführten Beispiele (unbillige Folgen bei Diebstahl der Kaufsache kurz vor Kaufsabschluß) stellen verschwindende Ausnahmen dar, die den als richtig erkannten Grundsatz nicht durchbrechen sollten.

3) Vgl. Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 6a (teilweise mit anderer Begründung); Planck, a.a.O., § 440 Anm. 3; teilweise anderer

3. Der Schuldner, der bei ursprünglichem Unvermögen auf Erfüllung oder auf das Erfüllungsinteresse haftet, bleibt an sich nur zur Leistung verpflichtet, sodaß der Gläubiger auf Erfüllung klagen kann. Trotz der Schwierigkeit der Vollstreckung (vgl. § 888 ZPO.) ist die erfolgreiche Durchführung einer derartigen Klage nicht wertlos. Der Käufer kann jetzt Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wobei er allerdings den Beweis führen muß, daß der Verkäufer zur Leistung unvermögend sei. Diese Beweisführung kann er sich aber durch ein Vorgehen gemäß § 283 BGB. erleichtern[1]). Da in § 325 Abs. 2 BGB. die fingierte Unmöglichkeit des § 283 BGB. der nachträglichen Unmöglichkeit des § 325 BGB. ausdrücklich gleichgestellt ist, kann der Käufer in diesem Falle auch die Rechte aus § 325 Abs. 1 BGB. geltend machen[2]).

Steht freilich schon zur Zeit der Klageerhebung fest, daß das Unvermögen des Verkäufers ein dauerndes ist, so wäre es rein formalistisch, wenn man auch in diesem Fall den Käufer zunächst auf die Erfüllungsklage verweisen wollte. Der Käufer kann daher bei dauerndem Unvermögen des Verkäufers schon von vornherein auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen[3]). Allerdings wird er hierbei auch das Unvermögen zu beweisen haben. Zu beachten ist schließlich, daß die Schadensersatzansprüche durch die Vorschriften des § 440 Abs. 2—4 BGB. eingeschränkt sind. Unberührt bleiben endlich die dem Käufer nach § 326 BGB. zustehenden Rechte, wenn sich der Verkäufer mit der Beseitigung im Verzug befindet.

Ansicht Heck, a.a.O., S. 266, der § 323 auch bei anfänglichem Unvermögen anwendet, also auf Vertretbarkeit durch den Verkäufer abstellt.

1) Fristsetzung ist bereits im Urteil möglich, § 255 ZPO. Wegfall der Schadensersatzpflicht im Falle des § 283 Abs. 1 S. 3 BGB.

2) Vgl. § 12, Nr. 4 d. Arb.

3) RG. 69/357; Seuff. Arch. 71/96.

§ 12. Das nachträgliche Unvermögen und die nachträgliche Unmöglichkeit.

1. Die Inhaber der auf dem Kaufgegenstand ruhenden Rechte würden regelmäßig imstande sein, die ihnen zustehenden Rechte zu beseitigen, sodaß dadurch der Käufer volles lastenfreies Eigentum erhalten könnte. Daher wird die Beseitigung der Drittrechte nur für den Verkäufer unmöglich sein, während sie von anderen Personen, nämlich dem Dritten, vorgenommen werden könnte. Infolgedessen wird bei dem Bestehen irgendwelcher Rechtsmängel regelmäßig nicht eine objektive, sondern nur eine subjektive Unmöglichkeit auf Seiten des Verkäufers vorliegen. Wenn auch die §§ 320—327 BGB. nur von einem nachträglichen Unmöglichwerden sprechen, so gelten sie doch, wie sich aus der im § 275 Abs. 2 BGB. erfolgten Gleichstellung ergibt, in gleicher Weise auch für die Fälle des nachträglichen Unvermögens [1]). Damit stimmt auch § 440 BGB. überein, der den Käufer eines mit einem Rechtsmangel behafteten Gegenstands auf die Rechte der §§ 320—327 BGB. verweist. Wenn der Rechtsmangel erst nachträglich entstanden ist, so richten sich die Rechte des Käufers je nachdem darnach, ob der Mangel von einer Vertragspartei zu vertreten ist oder nicht; dabei darf aber nicht vergessen werden, daß selbstverständlich die sich aus §§ 323—325 BGB. ergebenden Folgen nur dann eintreten, wenn die Beseitigung des Rechtsmangels für den Verkäufer tatsächlich unmöglich ist. Andernfalls ist der Käufer auf die Geltendmachung seiner Rechte gemäß §§ 320—322, 326, 327 BGB. angewiesen.

2. Auch die in §§ 433, 434 BGB. ausgesprochene Verschaffungspflicht bedeutet keine Garantiepflicht dafür, daß der Verkäufer für ein nachträgliches Unvermögen

---

1) Staudinger, a.a.O., § 323, I, 1b; Planck, a.a.O., § 440, 4a; Oertmann, a.a.O., § 323, 4; Warneyer, a.a.O., § 323, 1; RGRKom., a.a.O., § 323, 1.

unbedingt einzustehen habe[1]). Das ergibt sich schon aus der Verweisung des § 440 BGB. auf die §§ 320—327 BGB. sowie aus der Entstehungsgeschichte[2]). Die Haftung des Verkäufers hängt, wenn er nicht darüber hinaus besondere vertragliche Pflichten übernommen hat, davon ab, ob die Unmöglichkeit vom Verkäufer, vom Käufer oder von keinem von beiden zu vertreten ist. Da die Leistung des Verkäufers als Einzelleistung auch den Vorschriften der §§ 275 BGB. unterliegt, bedeutet die Verweisung des § 440 BGB. gleichzeitig die indirekte Heranziehung der §§ 275—279 BGB. Liegt dagegen auf seiten des Verkäufers keinerlei Verschulden (z. B. bei der Enteignung) vor, so wird er bei nachträglicher Unmöglichkeit von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. Der Käufer kann die Erfüllung nicht mehr verlangen, ist jedoch auch seinerseits nicht mehr zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet (§ 323 Abs. 1 BGB.). Hat er bereits bezahlt, so kann er seine schon erbrachte Leistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§ 323 Abs. 3). Der Käufer kann jedoch auch einen etwaigen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, den der Verkäufer infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich machte, erlangt hat (z. B. bei der Enteignung die Entschädigungssumme), fordern. In diesem Fall bleibt er aber zur Gegenleistung verpflichtet (§§ 281, 323 Abs. 2 S. 1 BGB.)[3]). Ist der Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs geringer als der des Kauf-

1) Planck, a.a.O., § 440, 4a; Oertmann, a.a.O., § 440, 2c β; Klee, a.a.O., S. 42; Behling, a.a.O., S. 50/51; a. A.: Endemann, a.a.O., § 160a, 3.

2) Prot. I, 665/667.

3) Ueber die verschiedenen Meinungen, was unter Ersatz zu verstehen sei und ob namentlich Ansprüche aus anderweitigen entgeltlichen Veräußerungen hierher zu rechnen sind: Staudinger, a.a.O., § 281, I, 2; Oertmann, a.a.O., § 281, 1d; Planck, a.a.O., § 281, 2c; Leonhard, a.a.O., § 246; Cosack, a.a.O., § 157, V; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, S. 199; RG. 91/261; 105/89.

gegenstands, so mindert sich die Leistung des Käufers nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. Minderung kann auch dann eintreten, wenn der Verkäufer ohne Verschulden an dem Kaufgegenstand nur ein mit dem Recht eines Dritten belastetes Eigentum verschafft hat. Denn dann liegt lediglich teilweise Unmöglichkeit vor, die den Anspruch auf die — allerdings geminderte — Gegenleistung bestehen läßt (§ 323 Abs. 1 S. 2 BGB.).

Zu beachten bleibt, daß § 446 BGB. dem Käufer mit der Uebergabe der Kaufsache die Gefahr des zufälligen Untergangs auferlegt. Dadurch wird die Vorschrift des § 323 BGB. teilweise durchbrochen. Wenn dem Verkäufer lediglich infolge des nach der Uebergabe eingetretenen zufälligen Untergans die Rechtsverschaffung unmöglich wird, so behält er trotzdem den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Käufer hat den Nachteil des zufälligen Untergangs zu tragen. Ist dagegen die Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung schon vor dem zufälligen Untergang begründet, so ist dieser für die Rechtsverschaffung bedeutungslos; dem Käufer stehen daher wieder die Rechte des § 323 BGB. zur Seite[1]).

3. Es ist auch denkbar, daß dem Verkäufer die Beseitigung des Rechtsmangels infolge eines von dem Käufer zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Der Käufer bleibt dann trotzdem zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet (§ 324 Abs. 1 S. 1 BGB.), während der Verkäufer gemäß § 275 BGB. von der Erbringung seiner Leistung befreit wird.

Die gleiche Rechtslage besteht, wenn die Leistung des Verkäufers zu einem Zeitpunkt unmöglich wird, in dem sich der Käufer im Annahmeverzug befindet. Da der Verkäufer in diesem Fall nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 300 BGB.), kann er die Gegenleistung selbst dann verlangen, wenn ihn leichte Fahrlässigkeit trifft. In gewissem Umfang sieht § 324

1) Endemann, a.a.O., § 159a, 4b; Planck, a.a.O., § 446, 2a β.

Abs. 1 S. 2 BGB. eine Anrechnungspflicht für gemachte Ersparnisse vor[1]).

4. In einer großen Anzahl von Fällen beruht das Vorhandensein eines Rechtsmangels darauf, daß der Verkäufer nach Kaufabschluß seinen Vertragspflichten zuwider gehandelt, z. B. den Kaufgegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Beseitigung ihm unmöglich ist. Aus der Natur des Vertrags ergibt sich, daß der Käufer sich aller Handlungen zu enthalten hat, welche die Erfüllung seiner Pflichten beeinträchtigen oder unmöglich machen könnten[2]). Da der Verkäufer nach § 276 BGB. für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen hat, haftet er dem Käufer nach Maßgabe des § 325 BGB. Darnach steht dem Käufer zunächst das Recht zu, von dem Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[3]). Anstatt den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, kann der Käufer auch von dem Kaufvertrag zurücktreten (§ 325 Abs. 1 S. 1 BGB.). Da die Ausübung des Rücktrittsrechts in ihrem Enderfolg große Aehnlichkeit mit den

1) Haben beide Vertragsteile an der nachträglichen Unmöglichkeit Schuld, so muß nach § 254 BGB. festgestellt werden, wen das überwiegende Verschulden trifft; je nachdem wird dann entweder § 324 oder § 325 zur Anwendung kommen. RGRKom. a.a.O., § 324, 1a.

2) Staudinger, a.a.O., § 241 Anm. 5c; Enneccerus, a.a.O., II § 4, I; RGRKom., a.a.O., § 434 Anm. 1: Belastungen zwischen Kauf und Auflassung eines Grundstücks sind jedoch nicht schlechthin verboten, da die Pflicht zur Verschaffung lastenfreien Eigentums regelmäßig erst im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs erfüllt werden muß. Vgl. dazu § 8 d. Arb.

3) Vgl. über die verschiedenen Arten der Schadensersatzberechnung: für die Differenztheorie: RGRKom., a.a.O., § 325, 1a; Planck, a.a.O., § 325, 1a; Warneyer, a.a.O., § 325, III; RG. 50/264; 57/206; 102/62; JW. 19/308. Für die Surrogationstheorie: Oertmann, a.a.O., § 325, 1b; Kisch, a.a.O., S. 132; Crome, a.a.O., § 170 Anm. 40; Behling, a.a.O., S. 54; Klee, a.a.O., S. 47; für die gemäßigte Differenztheorie, die dem Gläubiger die Wahl zwischen beiden Schadensberechnungen läßt: Staudinger, a.a.O., § 325, I, 2a; RGRKom., a.a.O.; Fischer-Henle, a.a.O., § 325 Anm. 2; Enneccerus, a.a.O., II § 53, III, 1b; RG. 96/20ff. (22ff.).

Wirkungen der Anfechtung hat, werden wir uns mit den Wirkungen des Rücktritts weiter unten noch näher befassen müssen [1]). Dem Gedanken, daß der Käufer bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers nicht schlechter gestellt sein soll, als wenn die Unmöglichkeit auf zufällige Ereignisse zurückzuführen ist, entspricht es, daß dem Käufer auch die Rechte aus § 323 BGB. zur Seite stehen (§ 325, Abs. 1 S. 3 BGB.) [2]).

5. Die bisherigen Erörterungen gingen davon aus, daß die von dem Verkäufer zu erbringende Leistung völlig unmöglich geworden ist. Meist wird die Sachlage aber so liegen, daß dem Käufer der Kaufgegenstand übergeben und nur mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Dann besteht lediglich eine teilweise Unmöglichkeit [3]), die den Käufer nur berechtigt, einen entsprechenden teilweisen Ersatz zu fordern. Ist jedoch der Rechtsmangel so störend, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse mehr hat, so stehen ihm dieselben Rechte wie bei völliger Unmöglichkeit zu (§ 325 Abs. 1 S. 2 BGB.). Das gleiche gilt, wenn dem Käufer die Kaufsache zwar übergeben, aber an ihr überhaupt kein Eigentum verschafft ist. Denn auch hier liegt nur ein Fall der teilweisen Nichterfüllung vor, die aber regelmäßig für den Käufer ohne jedes Interesse sein wird [4]). Ob die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. gegeben sind, wird nur unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles entschieden werden können.

Die sich aus § 325 BGB. ergebenden Rechtsbehelfe können von dem Käufer wahlweise geltend gemacht werden. Hat sich dieser jedoch einmal für den Rücktritt entschieden, so folgt aus dessen Natur, daß die anderen Rechte des Käufers verloren gehen [5]). Umgekehrt kann

1) Vgl. § 15 d. Arb. 2) Vgl. § 12 d. Arb.
3) Vgl. § 10 d. Arb.
4) Vgl. hierüber Planck, a.a.O., § 325 Anm. 3; Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 12; Enneccerus, a.a.O., II, § 107, II, 3.
5) Staudinger, a.a.O., § 325, I, 3; Warneyer, a.a.O., § 325, VI; Crome, a.a.O., § 170, 3d a; Fischer-Henle, a.a.O., § 325 Anm. 6; RG. 85/280.

der Käufer, der zunächst den Schadensersatzanspruch fordert, später noch vom Vertrag zurücktreten oder gemäß § 323 BGB. vorgehen. Das Wahlrecht des Käufers erlischt aber auch in diesem Fall dann, wenn die Schadensersatzsumme gezahlt ist oder die Parteien eine entsprechende endgültige Vereinbarung getroffen haben.

§ 13. Der Verzug des Verkäufers.

Erfüllt der Verkäufer die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht rechtzeitig, so kann er, wenn die Nichtleistung auf einen von ihm zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist (§ 285 BGB.), von dem Käufer gemäß §§ 284ff. BGB. in Verzug gesetzt werden. Der Käufer kann dann dem im Verzug befindlichen Verkäufer eine angemessene Nachfrist bestimmen und gleichzeitig erklären, er werde nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr annehmen (§ 326 BGB.)[1]). Erbringt der Verkäufer innerhalb der gesetzten Frist die von ihm geschuldete Leistung nicht, so kann vom Käufer die Erfüllung des Kaufvertrags nicht mehr gefordert werden. Dieser ist vielmehr darauf angewiesen, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten (§ 326 Abs. I, S. 2 BGB.).

Es ist auch möglich, daß der Verkäufer bis zum Fristablauf teilweise erfüllt hat[2]). Hat der Käufer an der teilweisen Leistung kein Interesse, so ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags zu fordern oder vom ganzen Vertrag zurückzutreten (§§ 326 Abs. 1 S. 3; 325 Abs. 1 S 2; 280 Abs. 2 BGB.). Ob die Leistung für den Käufer tatsächlich noch von Interesse ist oder nicht, wird sich auch hier wiederum nur nach der konkreten Sachlage und nach Treu und Glauben entscheiden lassen.

1) Fristsetzung, Ablehnungserklärung und Mahnung können gleichzeitig erfolgen: RG. 50/262; vgl. auch Recht 03/400.

2) Z. B. Er überträgt das mit einem Rechtsmangel belastete Eigentum.

Einer Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn die Leistung infolge des Verzugs für den Käufer ohne Interesse ist. Der Käufer kann dann die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB. geltend machen, ohne die in diesem Fall vollkommen überflüssige Nachfrist setzen zu müssen (§ 326 Abs. 2 BGB.). Besonders sorgfältiger Prüfung bedarf dabei allerdings die Frage, ob die Leistung gerade infolge des Verzugs für den Käufer kein Interesse mehr besitzt. Gerade bei Rechtsmängeln wird es häufig vorkommen, daß der Käufer das Interesse an der Leistung schon allein wegen des ihr anhaftenden Rechtsmangels und nicht erst wegen der vom Verkäufer schuldhaft unterlassenen rechtzeitigen Erfüllung verliert. In diesem Falle hat es bei der Fristsetzung des § 326 Abs. 1 BGB. sein Bewenden [1]).

§ 14. Die Besonderheiten beim Kauf beweglicher Sachen.

Nach den bisherigen Ausführungen kann der Käufer in den Fällen der §§ 325, 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (teilweiser Nichterfüllung) auch dann verlangen, wenn ihm die Kaufsache übergeben, aber mit einem Rechtsmangel behaftet ist. Dadurch könnte ein höchstunerfreuliches Ergebnis herbeigeführt werden. Der im Besitz des Kaufgegenstands verbleibende Käufer könnte einen Schadensersatzanspruch geltend machen, obwohl er durch den Rechtsmangel keine nennenswerte Einbuße erleiden würde. Er könnte den ungestörten Besitz behalten und außerdem den Verkäufer noch mit dem ihm zustehenden Gewährleistungsanspruch besonders haftbar machen. Dieser Gefahr wird durch die Vorschriften des § 440 Abs. 2—4 BGB. begegnet. Darnach kann der Käufer einer beweglichen Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur unter ganz besonderen Voraussetzungen beanspruchen. Erforderlich ist zunächst, daß die Sache dem Käufer be-

1) RGRKom., a.a.O., § 326 Anm. 5; Oertmann, a.a.O., § 326 Anm. 4; Staudinger, a.a.O., § 326, II, B, 1; RG. 70/129; 96/129.

reits übergeben ist (§ 929 BGB.). Die in §§ 930, 931 BGB. vorgesehenen Uebergabesurrogate stehen hier der tatsächlichen Uebergabe nicht gleich[1]). Das ergibt sich aus dem Umstand, daß § 440 BGB. nur im Falle des ungestörten Besitzes die Schadensersatzansprüche einschränken will und der Käufer bei einer nach §§ 930, 931 BGB. erfolgten Uebergabe noch nicht in den Genuß der Kaufsache gekommen ist. Hat die Uebergabe stattgefunden, so kann der Käufer Schadensersatz nur verlangen:

a) Wenn er die Sache einem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht, sei es freiwillig, sei es auf Grund eines ergangenen Urteils herausgegeben hat.

b) Wenn der Dritte den Käufer oder der Käufer den Dritten beerbt[2]).

c) Wenn der Käufer das Recht des Dritten entgeltlich oder unentgeltlich erwirbt.

d) Wenn der Käufer sich mit dem Dritten im Wege der Abfindung einigt.

e) Wenn der Käufer die mit dem Rechtsmangel behaftete Sache dem Verkäufer zurückgewährt[3]).

f) Wenn die Kaufsache untergegangen ist[4]).

Die Einschränkungen des § 440 Abs. 2—4 gelten jedoch nur dann, wenn eine bewegliche Sache oder ein Recht an einer solchen, das zum Besitz der Sache berechtigt, Gegenstand des Kaufvertrags ist (§§ 440 Abs. 1, 441 BGB.). Bei dem Verkauf sonstiger Rechte oder bei dem Verkauf von unbeweglichen Sachen verbleibt es bei der allgemeinen Regelung.

---

1) Planck, a.a.O., § 440, 5b; Klee, a.a.O., S. 22; Herberg, a.a.O., S. 85; a. A.: Titze, a.a.O., S. 272 Anm. 31.

2) In diesem Falle ist der ungestörte Genuß nicht auf den Abschluß des Kaufvertrags, sondern auf den Erbfall zurückzuführen.

3) Ist der Käufer selbst nicht mehr im unmittelbaren Besitz der Kaufsache, so genügt es, wenn an Stelle der Rückgewähr der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird. (§ 440 Abs. 4 BGB.).

4) Zu decken ist nur der durch den Rechtsmangel, nicht der durch den zufälligen Untergang entstandene Schaden.

§ 15. Die Folgen des Rücktritts.

Auf das dem Käufer nach §§ 325, 326 BGB. zustehende Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßig vereinbarte Rücktrittsrecht bestehenden Vorschriften Anwendung (§ 327 BGB.). Durch die Ausübung des Rücktritts wird der Kaufvertrag rückwirkend aufgehoben. Die Parteien sind verpflichtet, die empfangenen Vertragsleistungen zurückzugewähren (§ 346 BGB.). Soweit die Verbindlichkeiten noch nicht bewirkt sind, müssen sie nicht mehr erfüllt werden. Die Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen richtet sich dabei aber nicht nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. In der Erkenntnis, daß das gesetzliche Rücktrittsrecht seinen Grund in der unvollständigen vertraglichen Leistung des Vertragsgegners hat, müssen die empfangenen Leistungen ohne Beschränkung, d. h. ohne daß der Wegfall der Bereicherung eingewendet werden kann, zurückgewährt werden (§ 347 BGB.)[1]). Nur dann, wenn der Rücktritt wegen eines von dem Verkäufer nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt[2]), richtet sich dessen Haftung nach den Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 327 S. 2 BGB.). Da sich der Rücktritt nur auf den obligatorischen Vertrag bezieht, bleiben Eigentumsübertragungen gültig. Der Käufer verliert durch Ausübung des Rücktritts noch nicht das übertragene Eigentum an der mit dem Rechtsmangel behafteten Sache, während umgekehrt auch die Gegenleistung nicht ohne weiteres in sein Eigentum zurückfällt. Käufer und Verkäufer sind vielmehr nur verpflichtet, sich die erhaltenen Leistungen zurückzugewähren. Diese Rückgabepflicht ist Zug um Zug zu erfüllen, sodaß jede Vertragspartei die Rückgewähr des Empfangenen solange verweigern kann, bis auch die andere ihrer Verpflichtung nachkommt (§§ 348, 322 BGB.). Aus der lediglich obligatorischen Rückgabepflicht folgt weiter, daß die Ansprüche nur gegen den anderen Vertragsteil gerichtet

1) Enneccerus, a.a.O., II, § 38, II, 1.
2) Z. B. bei der Enteignung.

werden können. Ist die empfangene Sache bereits einem Dritten veräußert worden, so können gegen diesen irgendwelche Eigentumsansprüche nicht erhoben werden[1]). Durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung des Kaufgegenstandes wird der Rücktritt nicht ausgeschlossen. Der Käufer kann seine eigene Leistung zurückfordern, ohne die empfangene zurückgeben zu müssen (§ 350 BGB.)[2]). Anders ist es, wenn der Kaufgegenstand durch Verschulden des Rücktrittsberechtigten untergegangen, wesentlich verschlechtert worden ist oder sonst nicht mehr herausgegeben werden kann. Dann ist ein Rücktritt ebenso wie im Falle der Verarbeitung oder Umbildung des Kaufgegenstands ausgeschlossen (§§ 351, 352 BGB.). Dem Käufer stehen hier nur die sonstigen beim Vorliegen eines Rechtsmangels gegebenen Rechtsbehelfe zu. Das gleiche gilt, wenn der Käufer den Kaufgegenstand weiter veräußert oder belastet hat und in der Person des Dritten die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen auch der Käufer nicht mehr zurücktreten kann (§ 353 BGB.). An sich ist für die Ausübung des Rücktritts, der durch einfache Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil erfolgt (§ 349 BGB.), keine Frist vorgesehen. Hat jedoch der Käufer einmal den Rücktritt erklärt, so besteht, wenn er mit der Rückgabe der erhaltenen Leistung in Verzug kommt, für den Verkäufer die Möglichkeit, den Rücktritt unwirksam zu machen; er muß hierzu nur dem Käufer zur Rückgabe eine angemessene Frist setzen und gleichzeitig erklären, daß er nach Fristablauf die Annahme ablehne (§ 354 BGB.).

§ 16. **Die Folgen der Anfechtung.**

1. Auch die Anfechtung beseitigt mit rückwirkender Kraft die Wirkungen des Kaufvertrags (§ 142 BGB.). Während aber der Rücktritt einen an sich bestehenden Vertrag voraussetzt, der nur durch die Ausübung des

1) Enneccerus, a.a.O., II, § 38, III, 1; RG. 108/27.
2) Vgl. jedoch § 281 BGB.

Rücktrittsrechtes mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird[1]), läßt die Anfechtung den angefochtenen Vertrag als von vornherein nichtig erscheinen. Bereits erfolgte Leistungen sind, da das obligatorische Geschäft — hier der Kaufvertrag — in Wegfall gekommen ist, ohne Grund erbracht und infolgedessen nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren (§§ 812ff. BGB.). Dabei tritt für den Verkäufer, der mit der Anfechtung durch den Käufer rechnen mußte, die verschärfte Haftung des § 819 BGB. ein (§ 142 BGB.). Zufälliger Untergang des Kaufgegenstands ist ebenso wie beim Rücktritt für die Frage der Anfechtungsmöglichkeit bedeutungslos.

2. Der obligatorische Rückforderungsanspruch besteht ohne Rücksicht darauf, ob auch der andere Vertragsteil wegen der von ihm erbrachten Leistung eine Rückforderung geltend machen kann. Deshalb braucht sich der anfechtende Käufer nicht entgegenhalten zu lassen, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zurückzugewähren seien[2]). Einen gewissen Ersatz bietet nur die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.), dessen Ausübung jedoch im Gegensatz zum Rücktritt (§ 320 Abs. 1 S. 3 BGB.) durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (§ 273 Abs. 3 BGB.).

3. Aus der Tatsache, daß der Kaufvertrag nichtig wird, folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß auch die auf Grund des Vertrags bewirkten dinglichen Uebertragungsakte als nichtig anzusehen sind. Das dingliche Erfüllungsgeschäft ist seiner Natur nach von dem Kausal-

1) Herrsch. Lehre: Oertmann, a.a.O., Vorbem. vor § 346 Anm. 2a, Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 346 Anm. I 1b, RGRK., a.a.O., § 346 Anm. 3; RG. 50, 255ff. (266). A. A.: Crome, a.a.O., § 174, 4; Endemann, a.a.O., § 148, 2 (das alte Schuldverhältnis bleibt bestehen, Rücktritt bewirkt nur neue Ansprüche auf Rückleistung, bezw. Einreden bei noch nicht erbrachten Leistungen), Vermittelnd: v. Tuhr, a.a.O., I, S. 261.

2) Soergel, a.a.O., § 142 Anm. 2; Heinecke, a.a.O., S. 21; Gruchot, 55/339; RG. 49/421ff.

geschäft unabhängig. Dingliche Ansprüche (Eigentumsklage) kann der anfechtende Käufer daher nur dann erheben, wenn auch das abstrakte Geschäft von der Anfechtung mit ergriffen worden ist. Trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts von dem Kausalgeschäft besteht in manchen gar nicht seltenen Fällen die Möglichkeit, daß die Anfechtung des obligatorischen Vertrags auch den abstrakten Uebereignungsvertrag ergreift. Voraussetzung ist zunächst, daß der Anfechtungsgrund und die Anfechtungserklärung sich auch auf den abstrakten Vertrag beziehen [1]). Beides wird regelmäßig bei der Irrtumsanfechtung zutreffen [2]), da der Irrtum meist auch im Augenblick der Uebereignung vorliegen wird. Gerade weil das Verkehrsleben regelmäßig die Unterscheidung zwischen kausalem und abstraktem Vertrag nicht vornimmt, wird die einfache Anfechtungserklärung beide Verträge ergreifen sollen [3]). Besonders muß dies dann gelten, wenn das obligatorische und das dingliche Rechtsgeschäft gleichzeitig (z. B. Handkauf) vorgenommen worden sind. Ebenso wie bei Nichtigkeit des Grundgeschäfts oft Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäftes angenommen wird, da die Uebereignung häufig nur unter der Voraussetzung eines gültigen Kausalgeschäftes vorgenommen wird [4]), so muß auch die Anfechtung in vielen Fällen auf beide Geschäfte bezogen werden. Wenn aber die Anfechtung wegen Irrtums meist auch das dingliche Geschäft ergreift, so ergibt sich als notwendige Folge, daß das Eigentum in diesen Falle nicht auf den anderen Teil übergegangen ist. Die rückzugewährenden Leistungen können daher nicht nur im Wege des obligatorischen Rückgabeanspruchs, sondern auch mit der dinglichen Eigentumsklage zurückgefordert werden. Unter Umständen, z. B.

1) Enneccerus, a.a.O., I, § 190, II, 3.

2) RGRKom., a.a.O., § 125, 1c; RG. 66/390; 69/16; 70/58; JW. 09/45; 12/26; Gruch. 56/575.

3) Endemann, a.a.O., § 160a Anm. 25.

4) RGRKom., a.a.O., RG. 57/95.

im Konkurs kann die Geltendmachung solcher dinglichen Ansprüche von besonderer Bedeutung sein. Allerdings müssen auch die Eigentumsansprüche dann versagen, wenn der betreffende Gegenstand bereits an einen gutgläubigen Dritten veräußert worden ist und die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gegeben sind. (Vgl. §§ 892, 932, 1032, 1207 usw. BGB.).

Aus den Bedürfnissen des praktischen Lebens heraus hat die Entwicklung mehr und mehr dazugeführt, die Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts auch auf das Erfüllungsgeschäft zu beziehen[1]). Gleichzeitigkeit der Vornahme von Kausal- und Erfüllungsgeschäft, Nachwirkung des Irrtums bei der Uebereignung, Vornahme des Erfüllungsgeschäfts unter der Bedingung eines gültig zustandegekommenen Grundgeschäfts sind die wesentlichsten Merkmale, die zur gleichzeitigen Anfechtung von obligatorischem und abstraktem Geschäft berechtigen. Wenn jedoch der Unterschied zwischen kausalem und abstraktem Geschäft nicht völlig bedeutungslos werden soll, so wird es stets besonderer Prüfung bedürfen, ob sich die Anfechtung des Kaufvertrags auch auf den Uebereignungsvertrag beziehen soll[2]). Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, stehen dem Käufer bei einer erfolgreichen Anfechtung dingliche Ansprüche zu.

4. Der Käufer, der wegen Irrtums anficht, hat — und das ist ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Rücktritt — dem Verkäufer das negative Vertragsinteresse zu ersetzen (§ 122 BGB.), d. h. er hat für allen Schaden aufzukommen, der dem Verkäufer dadurch entstanden ist, daß er auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags vertraut hat. Der Ersatzanspruch findet seine Grenze an dem positiven Erfüllungsinteresse. Ist jedoch der Irrtum

1) Soergel, a.a.O., § 142 Anm. 2; RGRKom., a.a.O., § 125, 1c; Bay. NotZ. 52/28; zu weitgehend Schreiber in Gruch. 52/515, der annimmt, daß die Anfechtung des obligatorischen Geschäfts schlechthin immer auch das Erfüllungsgeschäft ergreife.

2) Endemann, a.a.O., § 160a Anm. 25; die Praxis neigt dazu, jede Anfechtung auch auf das abstrakte Geschäft zu beziehen.

des Käufers durch das Verhalten des Verkäufers veranlaßt worden, so kommt die Schadensersatzpflicht des Käufers in Wegfall[1]). Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (§ 122 Abs. 2 BGB.).

§ 17. Zeitliche Begrenzung der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung.

1. Die Geltendmachung der dem Käufer bei dem Vorliegen eines Rechtsmangels zustehenden Rechte ist an keine besondere Frist gebunden. Während bei den Sachmängeln mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit die Gewährleistungsansprüche von kurzen Verjährungsfristen abhängig sind (§ 477 BGB.), würde die Verkürzung der Verjährungsfristen bei den Rechtsmängeln, vor allem weil sich die Rechte Dritter oft erst nach langer Zeit bemerkbar machen, zu unbilligen Ergebnissen führen. Daher können die sich aus den §§ 434—440 BGB. ergebenden Rechte bis zum Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB.) geltend gemacht werden[2]). Eine andere Frage ist es allerdings, ob nicht ein Käufer, dem der Rechtsmangel nach Kaufabschluß bekannt wird und der daraufhin jahrelang von der Erhebung irgendwelcher Ansprüche Abstand nimmt, damit nach Treu und Glauben stillschweigend die Geltendmachung der ihm zustehenden Rechte verwirkt, sodaß er aus dem Rechtsmangel nach Jahr und Tag keine Ansprüche mehr ableiten kann. Wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß jeder sein Verhalten im Verkehr so gegen sich gelten lassen muß, wie es bei vernünftiger Ueberlegung nach Treu und

1) Dies ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs kann hier die Einrede der Arglist entgegengehalten werden. Staudinger, a.a.O., § 122 Anm. 6, RG. 81, 395ff. (399).

2) Staudinger, a.a.O., § 195 Anm. 4; § 437 Anm. 45; § 440 Anm. 34; Planck, a.a.O., § 440 Anm. 7; Warneyer, a.a.O., § 437 Anm. VIII; RG. 56/253ff. (255); 93/71ff. (73); 108/318. DRZ. 32, Beil. 397; Warneyer 32/99.

Glauben aufgefaßt werden muß, so kann diese Frage wohl unbedenklich bejaht werden[1]). Auch kann unter Umständen ein Verzicht auf die Gewährleistungsansprüche angenommen werden.

Da die Verjährung aber immer nur eine Einrede erzeugt, besteht an sich — wenn man von der Schwierigkeit der Beweisführung in solchen Fällen absieht — die Möglichkeit, Rechtsmängelansprüche auch nach dem Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist geltend zu machen und mit ihnen, sofern nicht von dem Gegner die Verjährungseinrede erhoben wird, durchzudringen.

2. Im Gegensatz hierzu sieht die Anfechtung eine Ausschlußfrist von 30 Jahren vor (§ 121 BGB.), d. h. nach dem Ablauf von 30 Jahren ist eine Anfechtung unter keinen Umständen mehr möglich. Aber auch innerhalb der dreißigjährigen Präklusivfrist, deren Lauf mit der Abgabe der Willenserklärung beginnt (§ 121 Abs. 2 BGB.), sind für die Anfechtung strenge Schranken gezogen. Die Anfechtung hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, zu erfolgen, sobald der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat (§ 121 BGB.). Ist die Anfechtung nicht unverzüglich nach jenem Zeitpunkt erklärt worden, so ist sie, auch wenn die dreißigjährige Präklusivfrist noch nicht abgelaufen ist, ausgeschlossen. Eine Hemmung oder Unterbrechung dieser für die Anfechtung vorgesehenen Frist ist im Gegensatz zu der bei Rechtsmängeln maßgebenden Verjährungsfrist (§§ 202 ff. BGB.) unmöglich[2]).

1) Vgl. hierzu die Rechtsprechung des RG. über die Frage der Verwirkung.

2) Staudinger, a.a.O., § 121 Anm. 7; vgl. aber für die arglistige Täuschung § 124 Abs. 2 S. 2 BGB.

III. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung beim Kauf zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB.

§ 18. Vergleich der Tatbestände.

Nach dieser Untersuchung der Voraussetzungen und Wirkungen beider Rechtsbehelfe, nämlich der Rechtsmängelansprüche einerseits und der Irrtumsanfechtung andererseits, kann nun auch an die Frage des gegenseitigen Verhältnisses herangegangen werden. Sind die Ansprüche aus der Rechtsmängelhaftung mit der Irrtumsanfechtung vereinbar? Kann der Käufer wählen, ob er anfechten oder auf Grund der Rechtsmängelansprüche vorgehen will?

1. Das Gesetz selbst gibt über die Vereinbarkeit beider Rechtsbehelfe keine Auskunft. Im allgemeinen Teil des BGB. sind für alle Rechtsgeschäfte gültige Bestimmungen enthalten, die durch die bei den einzelnen Vertragstypen folgenden Sonderbestimmungen ergänzt werden. Die Tatsache allein, daß die Irrtumsanfechtung im allgemeinen Teil geregelt ist, während die Rechtsmängelgewähransprüche beim Kauf berücksichtigt worden sind, spricht weder für noch gegen die Vereinbarkeit beider Rechtsbehelfe. Während das BGB. vielfach ausdrücklich betont hat, daß eine bestimmte Vorschrift in dem vorliegenden Fall nicht zur Anwendung komme[1]), fehlt es im Verhältnis zwischen Rechtsmängelgewähr und Irrtumsanfechtung an einer entsprechenden Bestimmung. Es muß angenommen werden, daß man bei Abfassung des Gesetzes an eine Konkurrenz beider Vorschriften überhaupt nicht mehr gedacht oder wenigstens einen Hinweis auf ihr gegenseitiges Verhältnis vergessen hat. Auffallend ist jedenfalls, daß die zweite Kommission den Eigenschaftsirrtum in § 119 Abs. 2 BGB. mit Rücksicht auf ein vorliegendes

1) Vgl. §§ 1028 Abs. 2; 1145 Abs. 2; 1159 Abs. 2; 1185 Abs. 2; 2078 Abs. 3 BGB.

praktisches Bedürfnis für erheblich erklärt hat[1]), ohne näher auf die im ersten Entwurf zur Stützung des gegenteiligen Standpunkts angeführte Ansicht einzugehen, daß nämlich der irrende Käufer schon genügend durch anderweitige Vorschriften, vor allem durch die Gewährleistungsansprüche, gesichert sei[2]).

2. Das gleiche gilt für das Gebiet der Sachmängelhaftung. Auch hier fehlt es an einem entsprechenden Hinweis auf das Verhältnis zur Irrtumsanfechtung. Das hatte zur Folge, daß gerade bei den Sachmängelansprüchen die Vereinbarkeit mit der Irrtumsanfechtung lebhaft umstritten war[3]). Die — man kann jetzt wohl sagen herrschende — Ansicht, die besonders durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts stark unterstützt wurde, spricht sich hier vor allem aus praktischen Gesichtspunkten gegen eine wahlweise Zulassung der Irrtumsanfechtung aus[4]). So hat — vom Fall der Zusicherung abgesehen — der Verkäufer den Fehler einer Sache dann nicht zu vertreten, wenn er dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 460 BGB.); eine Sachmängelhaftung tritt ferner dann nicht ein, wenn die Sache öffentlich als Pfand versteigert worden ist (§ 461 BGB.). Schließlich — und das ist der wesentlichste Punkt — gelten für die Sachmängelgewährleistungsansprüche mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB. (6 Monate von der Ablieferung, bezw. bei Grundstücken 1 Jahr von der Uebergabe an). Alle diese Einschränkungen fallen bei der Irrtumsanfechtung fort: Der Irrende kann selbst bei grober Fahrlässigkeit anfechten (§ 119 BGB.); sein Anfechtungsrecht erlischt, sofern nur die Anfechtung unverzüglich erfolgt, erst nach 30 Jahren und schließlich ist auch bei der Pfandversteigerung keine besondere Vorschrift für die Irrtumsanfechtung getroffen.

1) Prot. I, S. 114, 671.
2) Mot. I S. 119.
3) Vgl. § 21 d. Arb.
4) Vgl. § 21 d. Arb.

Die Frage nach der Konkurrenz von Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung könnte verhältnismäßig einfach beantwortet werden, wenn sich auch hier aus einer vergleichsweisen Gegenüberstellung ein ähnlicher Zwiespalt und damit die Unvereinbarkeit beider Rechtsbehelfe ergäbe. Das ist aber nicht der Fall. Wie bereits ausgeführt, ist nach § 439 BGB. die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nur bei positiver Kenntnis des Käufers ausgeschlossen; grobe Fahrlässigkeit ändert dagegen nichts an der Pflicht des Verkäufers, für den Rechtsmangel einzustehen. Eine dem § 461 BGB. entsprechende Vorschrift ist für die Rechtsmängelhaftung nicht in das BGB. aufgenommen. Vor allem aber ist entscheidend, daß die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB. bei Rechtsmängeln nicht zur Anwendung kommen, sondern daß hier die gewöhnliche 30jährige Verjährungsfrist eintritt. Die wesentlichsten Punkte, die bei den Sachmängeln gegen eine Zulassung der Irrtumsanfechtung sprechen, sind also bei den Rechtsmängeln nicht vorhanden. Infolgedessen muß auch die Entscheidung bei der Rechtsmängelhaftung von anderen Gesichtspunkten ausgehen.

3) Sobald ein Tatbestand unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden kann, welche verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen, liegt ein Verhältnis der Konkurrenz vor. Dieser aus dem Gebiet des Strafrechts in das Zivilrecht übernommene Begriff kann zur Folge haben, daß die eine Vorschrift in bestimmten Fällen durch die andere ausgeschlossen wird. Das wird namentlich dann zutreffen, wenn zwischen beiden Bestimmungen das Verhältnis der Spezialität besteht. Möglich ist aber auch, daß die aus den verschiedenen gesetzlichen Vorschriften sich ergebenden Rechtsbehelfe dem Berechtigten ohne Einschränkung (kumulativ) oder wenigstens wahlweise (alternativ) zustehen.

4) Irrtumsanfechtung und Rechtsmängelhaftung wären demnach schon von vornherein unvereinbar, wenn die eine

Regelung gegenüber der anderen als die speziellere angesehen werden müßte.

a) Von einer Spezialität kann nur dann gesprochen werden, wenn sich der eine Tatbestand notwendigerweise auch unter den anderen einreihen läßt[1]). Bei einer Gegenüberstellung der sich aus §§ 434, 440 BGB. ergebenden Verpflichtung — von den Besonderheiten der §§ 437, 438 BGB. soll hier noch abgesehen werden — und der Irrtumsanfechtung zeigt sich, daß schon hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem der Rechtsmangel, bezw. die verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen muß, von verschiedenen Voraussetzungen ausgegangen wird. Die Rechtsmängelhaftung knüpft — und das ergibt sich schon aus ihrem Begriff — an den Augenblick der Eigentumsübertragung an[2]). Es ist zwar möglich, daß schon vor diesem Zeitpunkt, nämlich bei Kaufabschluß, das Recht eines Dritten an der Kaufsache besteht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Käufer deshalb auch tatsächlich endgültig Rechtsmängelansprüche erheben kann. Denn es ist immerhin denkbar, daß dieses Recht nach Abschluß des obligatorischen Kaufvertrags und vor Uebertragung des Eigentums von dem Verkäufer beseitigt wird oder daß der Käufer gutgläubig ist und infolgedessen lastenfreies Eigentum erwirbt. In beiden Fällen hat aber der Käufer all das erhalten, was er auf Grund des Kaufvertrags beanspruchen konnte. Dem entspricht es, daß der Käufer, wenn sich der Verkäufer das Eigentum bis zur endgültigen Kaufpreiszahlung vorbehalten hat, vor jenem Zeitpunkt auch nicht auf Befreiung der Kaufsache von etwaigen Drittrechten klagen kann[3]).

1) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, S. 346. Dabei muß der in der lex specialis aufgestellte Tatbestand nicht nur alle Merkmale der lex generalis umfassen, sondern noch ein weiteres Moment zur Bildung des neuen Tatbestands hinzufügen. (Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S. 20 ff.).

2) Staudinger, a.a.O., § 434, Anm. 9; RGRK., a.a.O., § 434, Anm. 1; RG. 83, 214 ff. (216); 111, 86 ff. (89); 120, 292 ff. (295).

3) RG. 83, 214 ff. (216).

Umgekehrt ist für die Irrtumsanfechtung nicht der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung, sondern der Augenblick, in dem überhaupt eine Willenserklärung abgegeben wird, maßgebend. Die Irrtumsanfechtung kann also sowohl hinsichtlich des obligatorischen wie des dinglichen Geschäfts erfolgen [1]). Treffen Kaufabschluß und Eigentumsübertragung zeitlich zusammen, so ergibt sich praktisch genau die gleiche Lage wie bei der Rechtsmängelhaftung. Denn in diesem Fall erfolgt die Anfechtung wegen des Nichtvorhandenseins einer verkehrswesentlichen Eigenschaft, die sowohl im Augenblick des Kaufabschlusses wie im Zeitpunkt der gleichzeitig vorgenommenen Eigentumsübertragung gefehlt hat. Damit besteht aber auch bezüglich des Zeitpunktes, von dem die Geltendmachung der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung abhängig ist, kein Unterschied. Anders ist es, wenn obligatorisches und dingliches Geschäft zeitlich auseinanderfallen. In diesem Fall kann der Kaufabschluß bereits angefochten werden, ehe es zur Eigentumsübertragung kommt. Wenn wir annehmen, daß die Belastung einer Sache mit dem Rechte eines Dritten eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist [2]), so kann der Käufer, falls das Drittrecht schon bei Kaufabschluß bestanden hat, hier den Kaufvertrag anfechten, obwohl er selbst überhaupt noch kein Eigentum erhalten hat und nicht feststeht, ob die Belastung auch bei Eigentumsübertragung vorhanden sein wird. Es kann also vorkommen — man denke an den Fall des Eigentumsvorbehalts [3]), daß die Irrtumsanfechtung möglich ist, bevor der Käufer irgend einen Rechtsmängelanspruch erheben kann.

Freilich kann dieser Ueberlegung entgegengehalten werden, daß damit noch nichts für oder gegen eine Spezialität beider Tatbestände bewiesen sei. Denn es wird niemand bezweifeln, daß, wenn überhaupt die eine Be-

1) Vgl. § 8 d. Arb.
2) Vgl. §§ 6 und 18, 4 b d. Arb.
3) RG. 83, 214 ff. (216).

stimmung gegenüber der andern die speziellere sein sollte, nur die Rechtsmängelgewährvorschriften als die spezielleren Bestimmungen angesehen werden könnten. Dann wäre es aber auch durchaus möglich, daß der Tatbestand der Anfechtung gegeben sein könnte, ohne daß deshalb auch gleichzeitig die Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung vorliegen müßten.

Es kann sich jedoch die zeitliche Unterscheidung auch so auswirken, daß der Käufer Rechtsmängelansprüche erheben kann, ohne wegen des gleichen Mangels anfechten zu können. So kann z. B. der Käufer auf Grund der Rechtsmängelhaftung bei einem Grundstückskauf die Beseitigung von solchen Belastungen verlangen, welche die Gläubiger des Verkäufers nach dem Kaufabschluß und der gleichzeitig erfolgten Auflassung — vor Eintragung des Eigentumsübergangs — im Wege der Zwangsvollstreckung oder der einstweiligen Verfügung haben eintragen lassen [1]). Eine Anfechtung ist hier ausgeschlossen, weil der Rechtsmangel (die verkehrswesentliche Eigenschaft) weder im Augenblick des Kaufabschlusses noch der Einigung (Auflassung) vorgelegen hat. Die Belastung war vielmehr erst bei der Eigentumsübertragung (Einigung und Eintragung) vorhanden.

b) Zwingende Gründe gegen die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses ergeben sich aus folgenden weiteren Erwägungen:

Damit der eine Tatbestand notwendig auch gleichzeitig unter den anderen fällt, müßte entweder jeder Rechtsmangel stets eine verkehrswesentliche Eigenschaft oder umgekehrt jede verkehrswesentliche Eigenschaft immer einen Rechtsmangel darstellen. Die zweite Fragestellung, ob jede verkehrswesentliche Eigenschaft zugleich einen Rechtsmangel bedeutet, kann unbedenklich von vornherein verneint werden. Denn unter den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft läßt sich zunächst vor allem

1) Staudinger, a.a.O., § 434, Anm. 9; RG. 149, 195 ff. (197); HRR. 1929, 293. Vgl. auch HRR. 1928, 2088.

einmal die große Anzahl von Sacheigenschaften einreihen. Der Stoff, die Echtheit, Größe und Umfang einer Ware können verkehrswesentliche Eigenschaften sein: Mit einem Rechtsmangel haben sie aber nicht das Geringste zu tun. Es handelt sich im wesentlichen um tatsächliche Verhältnisse, die eine Sacheigenschaft begründen, ohne irgendeinen Einfluß auf irgendwelche Rechtsverhältnisse zu äußern. Da der Eigenschaftsbegriff aber sowohl tatsächliche als auch rechtliche Verhältnisse umfaßt, muß ihm gegenüber dem Begriff des Rechtsmangels, der naturgemäß nur von rechtlichen Beziehungen ausgehen kann, die umfassendere Bedeutung zukommen.

Daher kann die Frage nur lauten: Ist in jedem Fall die Abwesenheit eines bestimmten Rechtsmangels eine verkehrswesentliche Eigenschaft? Diese Frage wird derjenige von vornherein verneinen müssen, der leugnet, daß es eine rechtliche Eigenschaft überhaupt gibt. In diesem Sinn spricht sich Lippmann aus, wenn er ausführt[1]): „Zunächst kennt nun das Gesetzbuch den Ausdruck: „rechtliche Eigenschaft einer Sache“ gar nicht. Es spricht nur immer von einem Mangel im Rechte. Das Recht wird also nur beeigenschaftet, nicht die Sache selbst, die Objekt dieses Rechts ist“. Wir haben zu dem Problem, ob auch rechtliche Verhältnisse zu den Eigenschaften gezählt werden können, bereits früher Stellung genommen[2]). Gegenüber Lippmann soll hier nur nochmals betont werden, daß das Gesetz ganz allgemein den Ausdruck „Eigenschaft einer Sache“ gebraucht. Es ist nicht einzusehen, warum unter diesen Begriff, der ja auch die tatsächlichen Verhältnisse nicht besonders hervorhebt, nicht auch rechtliche Beziehungen, die oft die gleiche oder sogar noch eine größere Bedeutung als rein sachliche Stoffmerkmale besitzen, fallen könnten. Auch wenn wir uns für diesen Eigenschaftsbegriff, der die rechtlichen Verhältnisse be-

1) Archiv f. ziv. Praxis, 102, 351, vgl. auch v. Tuhr, a.a.O., II, 1, 582.

2) Vgl. § 6 d. Arb.

rücksichtigt, entscheiden, so kommt bei einer Gegenüberstellung von Rechtsmängeln und verkehrswesentlichen Eigenschaften ein großer Teil der Rechtsmängel für eine Vergleichung schon dann nicht in Betracht, wenn unter § 119 Abs. 2 BGB. nur Eigenschaften einer Sache zu verstehen sind. Wie bereits oben hervorgehoben wurde[1]), hat sich nunmehr auch die Rechtsprechung, der Ansicht der Literatur folgend, mit Recht für eine weitere Auslegung entschieden.

Es kann daher die Frage jetzt genauer dahin gestellt werden: Ist die Abwesenheit eines Rechtsmangels gleichgültig ob es sich um eine Sache, ein Recht oder ein sonstiges Rechtsgut handelt, stets eine verkehrswesentliche Eigenschaft? Auch hier zeigt sich eine Verschiedenheit. Es wird zwar oft die Tatsache, daß auf einer Sache das Recht eines Dritten ruht, ein Umstand sein, der für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache unmittelbar von Einfluß ist. So sind z. B. das Bestehen eines Miet- oder Pachtvertrags bei einem Grundstück[2]). die Zubußepflichtigkeit von Kuxen[3]), die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek[4]), die Belastung einer Sache mit einem Pfandrecht[5]) usw. Verhältnisse, die sowohl einen Rechtsmangel wie eine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellen können. Auch die Fälligkeit und Verzinslichkeit einer Forderung kann nicht nur Ansprüche nach § 437 BGB. erzeugen[6]), sondern auch eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. rechtfertigen. Die Vereinigung von Rechtsmangel und verkehrswesentlicher Eigenschaft trifft aber nicht immer zu. Ein auf dem Kaufgegenstand lastendes Recht kann auch von so untergeordneter Bedeutung sein, daß dadurch Gebrauch oder Wert in keiner Weise beeinträchtigt werden. Dann kann von

1) Vgl. § 5 d. Arb.
2) Warneyer, 17, 100.
3) OLG. 38, 79.
4) Vgl. Warneyer, 15, 197.
5) Vgl. Recht, 08, 246.
6) Staudinger, a.a.O. § 437, Anm. 30.

dem Vorliegen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft, die auch nach der weniger strengen Lehre immer eine gewisse Erheblichkeit voraussetzt[1]), keine Rede sein. Umgekehrt sind in diesem Fall trotzdem Rechtsmängelansprüche gegeben, da die Rechtsmängelgewähr nur von dem Bestehen eines Drittrechts ausgeht, ohne nach Erheblichkeit oder Wesentlichkeit dieses Rechts zu fragen. Die Frage nach der Erheblichkeit des Rechts zeigt sich vielmehr erst bei der Durchführung der auf Grund der Rechtsmängelhaftung gegebenen Ansprüche (vgl. §§ 320 Abs. 2, 323 Abs. 1, 2. Halbsatz, Abs. 2, 325 Abs. 1, Satz 2, 326 Abs. 1, Satz 3 BGB.)[2]). Es ist beispielsweise denkbar, daß auf einem Grundstück eine unbedeutende Grunddienstbarkeit lastet, die für das vorliegende Hauptgeschäft nur von ganz unerheblicher Bedeutung ist[3]). Dann besteht wohl an sich ein Rechtsmangel, von einer verkehrswesentlichen Eigenschaft wird man aber schwerlich sprechen können. Daraus ergibt sich, daß ein Rechtsmangel gegeben sein kann, ohne daß deshalb auch gleichzeitig eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen muß. Dieser Umstand wird namentlich dann eintreten, wenn es sich um Rechte handelt, deren Bestehen für den Käufer keine besonderen Nachteile mit sich bringt und deren Fehlen daher auch nicht zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften gezählt werden kann.

c) In diesem Zusammenhang müssen noch einige Besonderheiten hervorgehoben werden. Rechte, die nach dem Vertrag mit einem Grundstück verbunden sein sollen, z. B. Grunddienstbarkeiten zugunsten des herrschenden Grundstücks, können eine Haftung des Verkäufers begründen, wenn sich herausstellt, daß die angeblich bestehenden

1) Vgl. § 7 d. Arb.

2) Planck, a.a.O., § 434 Anm. 2a. So wird vor allem auch der Rücktritt ausgeschlossen sein, weil der Käufer im Falle der teilweisen Nichterfüllung nur zurücktreten kann, wenn er den Nachweis erbringt, daß der Kauf für ihn infolge des Rechtsmangels kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 1, Satz 3 BGB.).

3) Vgl. Protokolle I, 657, 658.

Rechte in Wirklichkeit nicht existieren. Der Verkäufer haftet dann nach § 437 BGB. für den Bestand der mitverkauften Nebenrechte. Gleichwohl handelt es sich hier, wenn auch das Bestehen oder Nichtbestehen solcher Rechte sogar erheblichen Einfluß auf den Wert des Grundstücks zu äußern vermag, nicht um eine Eigenschaft des Grundstücks. Denn nach § 96 BGB. sind die mit einem Grundstück verbundenen Rechte Bestandteile desselben. Was aber Bestandteil einer Sache ist, kann nicht gleichzeitig Eigenschaft sein[1]).

Umgekehrt gibt es Rechtsmängel, die zwar ihrer Natur nach unter die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers fallen würden, aber auf Grund einer besonderen Vorschrift trotzdem keine Rechtsmängelansprüche begründen. Ihre Abwesenheit kann aber gleichwohl als verkehrswesentliche Eigenschaft bezeichnet werden. Zu denken ist hier an die öffentlichen Grundstückslasten des § 436 BGB., für deren Freiheit der Verkäufer kraft Gesetzes nicht einzustehen hat, obwohl es sich hier im Grunde genommen um Rechtsmängel handelt. Daß eine solche Last, zumal bei einem Vergleich zwischen den aus ihr entspringenden Verpflichtungen und dem Wert des Grundstücks eine verkehrswesentliche Eigenschaft bedeuten kann, wird unbedenklich zugegeben werden müssen[2]). Eine andere Frage ist es allerdings, ob auch hier die Folgen der Anfechtung eintreten können[3]).

5. Aus diesen Erörterungen geht hervor, daß der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft einerseits weiter, andererseits aber auch enger als der des Rechtsmangels ist. Er ist weiter, weil unter ihn auch tatsächliche Verhältnisse, Fälle von Sachmängeln usw. fallen können. Andererseits ist der Begriff aber auch deshalb enger, weil das Fehlen eines Rechtsmangels zwar eine Eigenschaft darstellen kann, ohne daß deshalb auch gleich-

1) RG. 93, 71 ff. (73); a. A. RG. 61, 84 ff. (87).
2) Vgl. § 18 d. Arb.
3) Vgl. § 20 d. Arb.

zeitig von einer Verkehrswesentlichkeit gesprochen werden könnte. Damit ist aber auch klargestellt, daß der eine Begriff nicht notwendig eine Unterart des anderen ist. Wenn aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, so kann zwischen den Tatbeständen der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. nicht das Rangverhältnis der Spezialität gegeben sein.

Damit stimmt auch die äußere Form beider Tatbestände überein. Beide sind völlig unabhängig und selbständig nebeneinander entwickelt; das bei der Spezialität sonst so häufige Merkmal der Unterteilung fehlt vollständig.

6. a) Um eine Ausschließung des einen Tatbestands durch den anderen annehmen zu können, würde es auch genügen, wenn irgendeine andere Form der Gesetzeskonkurrenz vorliegen würde. Das würde vor allem dann zutreffen, wenn beide Tatbestände sich zwar nicht vollständig decken, aber doch im Falle ihres Ueberschneidens eine notwendige Einheit bilden würden. Aber auch hier zeigt sich, daß Irrtumsanfechtung und Rechtsmängelhaftung von verschiedenen Voraussetzungen ausgehen. Wie Lent[1]) richtig hervorhebt, beruft sich der Käufer — und das gilt nicht nur für die Sach-, sondern auch für die Rechtsmängelhaftung — bei Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche auf einen wirksamen Vertrag. Davon, daß er in einem Willensmangel befangen war, ist zunächst überhaupt keine Rede. Andererseits betont der Käufer, der anfechten will, gerade den Umstand, daß er von falschen Vorstellungen ausgegangen ist, die zu einer Unwirksamkeit des Vertrags führen sollen. Die Rechtsmängelhaftung ist eine Folge des gültigen Kaufvertrags. Die Irrtumsanfechtung steht dagegen außerhalb des vertraglichen Verhältnisses[2]). Allerdings sind die Gewährleistungsansprüche bei Kenntnis des Rechtsmangels aus-

1) Lent, a.a.O., S. 305.

2) Roth in LZ. 19, 617, vgl. auch Riezler, Venire contra factum proprium, § 18, III, 2.

geschlossen (§ 439 BGB.). Es wäre aber trotzdem falsch, deshalb Irrtum und Unkenntnis gleich zu setzen[1]). Der Irrtum erfordert, daß sich der Käufer über das Vorhandensein der Eigenschaften Gedanken gemacht hat. Wer die fehlende Eigenschaft überhaupt nicht in seine Vorstellung aufgenommen hat, befindet sich auch nicht in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum. Es ist aber auch möglich, daß eine Eigenschaft fehlt, bzw. ein Mangel vorhanden ist, an den der Käufer gar nicht gedacht hat. Bei dem Kauf eines Gegenstands gibt es Eigenschaften, die der Käufer sich vorgestellt und solche, die er gedanklich überhaupt nicht berücksichtigt hat. Darin zeigt sich dann aber gerade der Unterschied zwischen Rechtsmängelhaftung und Anfechtung. Ueber eine Eigenschaft, die dem Käufer überhaupt nicht in den Sinn gekommen ist, kann er sich auch nicht geirrt haben[2]). Damit ist aber die Anfechtung ausgeschlossen. Die Rechtsmängelansprüche, die nicht von dem positiven Erfordernis der irrigen Vorstellung, sondern nur von dem negativen Merkmal der Unkenntnis ausgehen, sind jedoch auch dann gegeben, wenn der Käufer sich über das Vorhandensein eines etwaigen Rechtsmangels überhaupt keine Gedanken gemacht hat. Nur wirkliche Kenntnis des Rechtsmangels entzieht dem Käufer die Ansprüche der Rechtsmängelhaftung. Der Käufer, der weiß, daß wegen des Gegenstands Patentstreitigkeiten herrschen, geht deshalb seiner Gewährleistungsansprüche noch nicht verlustig[3]). Auch wenn ihm von dem Verkäufer versichert wird, daß die angeblichen Ansprüche des Dritten unbegründet seien, so kann doch immerhin angenommen werden, daß der Käufer hier nicht frei von Zweifeln an das Bestehen etwaiger Drittrechte ist. Anders ist es bei der Irrtumsanfechtung. Der Käufer, der bei Abgabe seiner Willenserklärung zweifelt,

1) Vgl. § 9 d. Arb.

2) JW. 12, 26.

3) Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 4; JW. 11, 645, vgl. auch § 9 d. Arb.

ob eine Eigenschaft vorhanden ist oder nicht und ihr Vorhandensein oder Fehlen nur für möglich hält, ist zur Anfechtung nicht berechtigt[1]). Zudem ist zu beachten, daß der Käufer, der sich nicht über die tatsächlichen Verhältnisse, sondern nur über deren rechtliche Beurteilung irrt, nicht anfechten kann[2]). Andererseits reicht die Kenntnis rein tatsächlicher Umstände, die nicht zwingend auf das Bestehen einer rechtlichen Belastung schließen lassen, nicht aus, um eine Kenntnis des Rechtsmangels und damit eine Ausschließung der Rechtsmängelansprüche begründen zu können[3]).

b) Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus dem Zeitpunkt, in dem die subjektiven Erfordernisse der Unkenntnis bezw. des Irrtums vorliegen müssen. Nach § 439 BGB. schließt die Kenntnis des Käufers die Gewährleistung nur dann aus, wenn der Rechtsmangel bei Abschluß des obligatorischen Vertrags bekannt war. Darauf, ob die Kenntnis auch bei der Erfüllung, d. h. bei Abschluß des dinglichen Vertrags vorhanden war, kommt es an sich für die Gewährleistung nicht an. Es ist vielmehr Tatfrage, welche Bedeutung dem Umstand der Kenntnis im Zeitpunkt der Einigung beizulegen ist[4]). Das Verhalten des Käufers, der den Kaufgegenstand dennoch vorbehaltslos annimmt, kann als Verzicht auf die Gewährleistung ausgelegt werden. Unter Umständen kann auch Verwirkung seiner Ansprüche in Frage kommen[5]). Es ist aber immerhin denkbar, daß der Käufer trotzdem Rechtsmängelansprüche geltend machen kann. Bei der Irrtumsanfechtung ist dagegen davon auszugehen, daß zwei verschiedene Verträge, nämlich der obligatorische und der dingliche

1) RGRK. a.a.O., § 119 Anm. 2; RG. 85, 324.

2) Krückmann, in Archiv ziv. Praxis, 101, 400; RGRK., a.a.O., § 119, Anm. 2.

3) Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 5; JW. 11, 646.

4) Motive II, 216, vgl. § 9 der Arbeit.

5) Motive a.a.O.; Staudinger, a.a.O., § 439 Anm. 6, vgl. auch § 440 Anm. 4; Oertmann, a.a.O., § 439 Anm. 3; JW. 06, 10, vgl. § 17 der Arbeit.

Vertrag vorliegen. Weiß der Käufer beim Abschluß des dinglichen Vertrags, daß ein Rechtsmangel gegeben ist, bezw. eine verkehrswesentliche Eigenschaft fehlt, so kann er, auch wenn man eine Anfechtung abstrakter Verträge grundsätzlich zuläßt, bei vorbehaltsloser Annahme des Kaufgegenstands die Einigung nicht mehr anfechten; er hat sich ja überhaupt nicht geirrt. An sich wäre allerdings immer noch eine Anfechtung des Kaufvertrags möglich, sofern der Käufer zu dieser Zeit in einem Irrtum befangen war. Aber auch die Anfechtung dieser Erklärung wird regelmäßig ausgeschlossen sein. Denn die Irrtumsanfechtung kann nur dann zum Erfolg führen, wenn der Irrende seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben hätte. Aus der Tatsache, daß der Käufer den Kaufgegenstand später im Bewußtsein des Mangels ohne Vorbehalt angenommen hat, ist aber gerade zu schließen, daß er unter den gleichen Umständen auch die schuldrechtliche Erklärung in derselben Weise, wie er sie früher bekundet hat, abgegeben hätte. Zudem wird der in Kenntnis des Anfechtungsrechts vorgenommene dingliche Vertrag regelmäßig eine stillschweigende Bestätigung des anfechtbaren obligatorischen Kaufvertrags bedeuten; dann ist aber nach § 144 BGB. die Anfechtung des Kaufs ebenfalls ausgeschlossen.

Schließlich ist noch zu betonen, daß die Kenntnis des Rechtsmangels nicht in jedem Fall die Rechtsmängelansprüche ausschließt. Nach § 439 Abs. 2 BGB. ist eine Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld auch dann zu beseitigen, wenn der Käufer von ihrem Bestehen unterrichtet ist. Eine Irrtumsanfechtung kann aber bei Kenntnis des Käufers überhaupt nicht in Betracht kommen.

In diesem Zusammenhang muß auch erwähnt werden, daß der Käufer häufig bei Abschluß des Kaufvertrags mit dem Verkäufer vereinbart, dieser solle die beiden Teilen bekannten bestehenden Drittrechte beseitigen. Gleichgültig, welche rechtliche Bedeutung einer solchen Verabredung

zukommen mag[1]), so ist doch sicher, daß auch in diesem Fall dem Käufer trotz Kenntnis des Mangels die Rechtsmängelansprüche zustehen, wenn der Verkäufer seine übernommenen Pflichten nicht einhält. Dagegen ist es selbstverständlich, daß hier eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. ebenfalls ausgeschlossen ist.

Wie bereits erwähnt, wird die Irrtumsanfechtung nur dann zugelassen, wenn der Irrende nachweist, daß er seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Für die Rechtsmängelhaftung kommt es auf die Einwirkung auf den Vertragswillen des Käufers überhaupt nicht an[2]). Die Rechtsmängelansprüche sind vielmehr auch dann gegeben, wenn der Käufer selbst bei Kenntnis des Rechtsmangels nicht von dem Kaufvertrag Abstand genommen hätte. Allerdings werden ihm bei der Durchführung seiner Ansprüche hier gewisse Beschränkungen auferlegt sein: Der Käufer, der auch in Kenntnis der Sachlage gekauft hätte, wird regelmäßig nicht behaupten können, daß die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse habe. Damit werden aber die Rechtsmängelansprüche in gewissem Umfang eingeschränkt. (Vgl. § 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 BGB.).

7. Diese aus subjektiven Gesichtspunkten gewonnenen Unterscheidungsmerkmale zeigen ebenfalls, daß die Tatbestände der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung verschiedene Ausgangspunkte besitzen, welche die Notwendigkeit ihrer Einheit ausschließen. Im Tatbestand der Rechtsmängelhaftung ist zwar die Unkenntnis, nicht aber der Irrtum des Käufers berücksichtigt. Wenn man noch bedenkt, daß auch die objektiven Begriffe des Rechtsmangels und der verkehrswesentlichen Eigenschaft nicht identisch sind und daß namentlich der Rechtsmangel nicht eine Unterart der verkehrswesentlichen Eigenart darstellt, so muß man folgerichtig zu dem Schluß kommen,

1) Lent, a.a.O., S. 352, Oertmann, a.a.O., § 460 Anm. 5.
2) Vgl. RG. 96/156ff. (158).

daß beide Tatbestände selbständig nebeneinander bestehen können.

§ 19. Vergleich der Rechtsfolgen.

1. Wir sind bei den bisherigen Betrachtungen nur davon ausgegangen, daß Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind und daß deshalb theoretisch die Möglichkeit ihrer wahlweisen Geltendmachung gegeben ist. Dabei ist aber noch nicht berücksichtigt, ob auch die Folgen aus beiden Tatbeständen nebeneinander bestehen können oder ob sie sich bei einem Vergleich so widersprechend gegenübertreten, daß der eine Rechtsbehelf nicht neben dem anderen zugelassen werden kann. Die Ausschließung des einen Gesetzes durch das andere kann sich auch aus dem Verhältnis der Subsidiarität ergeben. Während aber bei der Spezialität in erster Linie die Vergleichung der Tatbestände als Grundlage dient, muß bei der Subsidiarität vor allem von dem Zweck des Gesetzes ausgegangen werden [1]). Dazu ist aber auch eine Gegenüberstellung der Rechtsfolgen erforderlich [2]).

2. Die aus der Rechtsmängelhaftung hervorgehenden Rechte des Käufers sind ihrer Natur nach recht vielgestaltig. So kann der Käufer Klage auf Erfüllung des Vertrags oder die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags erheben, er kann den Kaufpreis mindern, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder letzten Endes vom Vertrag zurücktreten. Bei den zuletzt genannten Ansprüchen muß allerdings wieder unterschieden werden, je nach dem es sich um ursprüngliche oder nachträgliche, um subjektive oder objektive, um vollständige oder teilweise Unmöglichkeit, um Verschulden des Käufers oder Verkäufers oder um Zufall handelt (§§ 440, 320 bis 327 BGB.). Schließlich ist der Schadensersatzanspruch nur in den Fällen des § 440, Abs. 2—4 BGB. gegeben.

1) Vgl. Dietz, a.a.O., S. 51.
2) Vgl. Dietz, a.a.O., S. 40 ff.

Anders ist es bei der Anfechtung. Der irrende Käufer kann durch die Anfechtung nur die Nichtigkeit des Kaufes herbeiführen. Weitere Rechte stehen ihm nicht zu. Im Gegenteil: Er kann unter Umständen noch Gefahr laufen, dem Verkäufer schadensersatzpflichtig zu werden (§ 122 BGB.). Während die Rechtsmängelansprüche auch in der Weise geltend gemacht werden können, daß der Käufer an dem Vertrag festhält und den Verkäufer entweder zur Beseitigung des Mangels oder zu einer im Wege der Minderung oder des Schadensersatzes erfolgenden Umgestaltung des ursprünglichen Leistungsverhältnisses zwingt, kann der Anfechtende immer nur die Beseitigung des Kaufvertrags verlangen. Diese rückwirkende Aufhebung aller vertraglichen Beziehungen kann aber, sofern nur die Voraussetzungen der Anfechtung gegeben sind, erreicht werden, ohne daß es auf die bei der Rechtsmängelhaftung in diesem Zusammenhang bedeutsame Frage der verschuldeten oder nichtverschuldeten, der teilweisen oder völligen Unmöglichkeit oder des Verzugs ankommt. Der Käufer, der die Anfechtung wählt, gibt damit zu erkennen, daß er von dem Vertrage loskommen will und ihm an seiner Aufrechterhaltung nichts mehr gelegen ist. Aehnlich — wenn auch nicht genau so — ist die Rechtslage, wenn sich der Käufer auf Grund der Rechtsmängelhaftung zum Rücktritt entschließt. Auch hier zeigt er, daß er die Beseitigung des Vertragverhältnisses anstrebt. Wenn die Folgen der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung in einen gewissen Widerspruch geraten könnten, so könnte das nur bei einem Vergleich des Rücktritts mit der Anfechtung zutreffen, da hier eine teilweise Ueberschneidung vorliegt. Mit den sonstigen Rechtsmängelansprüchen hat dagegen die Anfechtung in ihrer Wirkung überhaupt keine Berührungspunkte, die auf eine Unvereinbarkeit beider Rechtsbehelfe schließen lassen könnten. Die Gewährung des Rücktrittsrechts zeigt vielmehr. daß auch die Rechtsmängelhaftung unter gewissen Voraussetzungen den Käufer von der Einhaltung des Vertrages befreien will.

3. Anfechtung und Rücktritt sind in ihren Voraussetzungen verschieden, sie stimmen aber in ihren Wirkungen weitgehend überein. In beiden Fällen genügt eine einseitige Erklärung[1]) (§§ 349, 143 BGB.), die das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Ebenso, wie bei der Anfechtung (§ 142 BGB.) wird auch beim Rücktritt der Vertrag mit rückwirkender Kraft (ex tunc) aufgehoben[2]). Die Rückgewähr der erbrachten Leistungen erfolgt bei der Anfechtung nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung. Bei dem Rücktritt besteht dagegen auf Grund des § 346 BGB. ein besonderer persönlicher Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten. Während der Bereicherungsanspruch nur auf Rückgabe der noch vorhandenen Bereicherung gerichtet ist (§ 818 BGB.), kann beim Rücktritt jede Partei grundsätzlich ihre volle erbrachte Leistung zurückverlangen. Auf Grund des § 347 BGB. haftet der Rücktrittsgegner schon vom Empfange der Leistung an nach §§ 987, 989, 994 Abs. 2 BGB. (Herausgabe der gezogenen Nutzungen, Verantwortlichkeit für den durch Verschulden entstandenen Schaden, Ersatz für notwendige Verwendungen nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag usw.). Bei der Anfechtung tritt diese verschärfte Haftung nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 819, 820 BGB. ein. Allerdings wird bei dem wegen eines Rechtsmangels erfolgenden Rücktritt insofern wieder eine gewisse Annäherung an die Anfechtung erzielt, als nach § 327 BGB. der Verkäufer ebenfalls nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haftet, wenn der Rücktritt wegen eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt. Dieser Fall wird jedoch im Rahmen der Rechtsmängelhaftung zu den Ausnahmen gehören. Ein weiterer Unterschied gegenüber der Anfechtung besteht darin, daß bei dinglichen Verträgen ein den §§ 346ff. BGB. entsprechendes Rücktrittsrecht unbe-

1) RG. 74. 1ff.

2) Vgl. S. 70 Anm. 1 der Arbeit.

kannt ist[1]). Da dem Rücktritt die dingliche Wirkung fehlt[2]), fällt das Eigentum an der gewährten Sache nicht ohne weiteres wieder zurück[3]). Bei der Anfechtung ist dagegen, wie wir bereits gesehen haben, auch die Anfechtung des abstrakten Vertrages möglich[4]): Hier erlangt dann auch der frühere Eigentümer mit der erfolgreich durchgeführten Anfechtung ohne weiteres wieder das Eigentum an der von ihm erbrachten Leistung.

Da die Vorschriften des Rücktritts bei der Anfechtung keine Anwendung finden, besteht der Anspruch des Anfechtenden unabhängig von dem etwaigen Gegenanspruch des anderen Vertragsteils[5])[6]). Nicht zu vergessen ist schließlich, daß die Anfechtung, die übrigens im Gegensatz zum Rücktritt auch Schadensersatzpflichten nach sich ziehen kann, beim Vorliegen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft stets sofort stattfinden kann. Der Rücktritt kann dagegen, auch wenn ein Rechtsmangel besteht, nicht in jedem Fall erfolgen, sondern wird durch die Verschuldensfrage, die Möglichkeit der teilweisen Erfüllung

---

1) Planck, a.a.O., Vorbem. vor § 346 Anm. 3, 4c; RGRK., a.a.O., § 346 Anm. 3; Enneccerus, a.a.O., II, § 38, III 1.

2) Warneyer, a.a.O., § 346, HRR. 33, 1413.

3) RGRK., a.a.O.

4) Vgl. § 8 der Arbeit.

5) Palandt, a.a.O., Vorbem. § 346, 3d; RG. 49, 423, 424; 101, 390; OLG. 38, 79.

6) Auch der Erfüllungsort kann sich dadurch für die Rückgabepflicht verschieden gestalten. Zug-um-Zugleistungen haben einen gemeinsamen Erfüllungsort (RGRK., a.a.O., § 269 Anm. 5, a. A. Oertmann, a.a.O., § 269 Anm. 1b β). Die Rechtsprechung hat angenommen, daß namentlich im Falle des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts und der Wandelung beiderseitiger Leistungsort der Platz ist, an dem sich die Sache dem Kaufvertrag gemäß befindet (RGRK., a.a.O., § 269 Anm. 5; Warneyer, a.a.O., § 269 Anm. IV; RG. 57, 12ff. (15); 70, 198ff. (199)). Wenn dagegen von dem Käufer der Kaufvertrag wegen Irrtums oder Betrugs angefochten und Rückzahlung des Kaufpreises und Zurücknahme der Ware gefordert wird, so ist der Wohnsitz des Verkäufers maßgebend. (RGRK., Warneyer, a.a.O., RG. 49, 421ff. (424)).

und im Falle des Verzugs durch das Erfordernis einer etwaigen Fristsetzung eingeschränkt.

§ 20. Eigene Stellungnahme. Ausnahmen von dem Grundsatz der wahlweisen Vereinbarkeit beider Rechtsbehelfe.

1. Wenn wir nun aus den bisherigen Ergebnissen die Schlußfolgerung ziehen wollen, so kann diese nicht zweifelhaft sein. Die Voraussetzungen, unter denen Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung geltend gemacht werden können, stimmen nicht überein, sondern weichen in verschiedenen Punkten voneinander ab. Andererseits sind die Wirkungen beider Rechtsbehelfe sehr wohl wahlweise vereinbar. Damit ergibt sich aber als notwendige Folge, daß zwischen den Tatbeständen der Rechtsmängelhaftung und der Irrtumsanfechtung eine ausschließende Form der Gesetzeskonkurrenz nicht vorliegen kann und daß dem Käufer grundsätzlich beide Rechtsbehelfe wahlweise zur Seite stehen. Die alternative Geltendmachung ist nicht nur dann möglich, wenn es sich um Rechtsmängel handelt, die körperliche Gegenstände (Sachen) betreffen, sondern auch dann, wenn Mängel vorliegen, die einem veräußerten Recht anhaften. Die Zulassung der Irrtumsanfechtung auch bei dem Verkauf von Rechten erscheint umso unbedenklicher, als das Wort „Sache“ in § 119 Abs. 2 BGB. in dem bereits oben besprochenen Sinn von „Geschäftsgegenstand“ ausgelegt und daher auch auf Rechte bezogen werden muß[1]). Zudem bedeutet § 437 BGB. nicht eine Einschränkung, sondern eine Erweiterung der Rechtsmängelhaftung auch auf den Bestand des veräußerten Rechts[2]). Da aber nach § 434 BGB. der Verkäufer auch beim Rechtskauf für die Freiheit von Drittrechten einzustehen hat, besteht kein Grund, die Irrtumsanfechtung bei der Veräußerung von Rechten nicht zuzulassen. Denn der Umstand, daß ein Recht mit dem Recht eines Dritten

1) Vgl. § 5 der Arbeit.
2) Vgl. § 4 der Arbeit.

belastet ist, kann ebenso eine verkehrswesentliche Eigenschaft bedeuten, wie ein Rechtsmangel, der einem körperlichen Gegenstand anhaftet. Dann ist aber nicht einzusehen, weshalb nur der Käufer einer Sache, nicht aber auch der Käufer eines Rechts zur Anfechtung berechtigt sein sollte.

2. Es kann allerdings nicht geleugnet werden, daß die wahlweise Geltendmachung beider Rechtsbehelfe in einem Punkt eine gewisse Schwierigkeit bereitet: Der Käufer eines mit dem Recht eines Dritten belasteten körperlichen Gegenstand ficht an, weil eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache fehlt. Beim Bestehen einer Sacheigenschaft haftet andererseits der Verkäufer nach §§ 459ff. BGB., neben denen nach der herrschenden Meinung eine Anfechtung wegen Irrtums unmöglich ist[1]). Beide Male liegt eine Eigenschaft der Sache vor, die im ersten Fall (Rechtsmangel) zur Anfechtung, im zweiten Fall (Sachmangel) dagegen — wenigstens nach der wohl richtigen Ansicht des Ausschlusses der Irrtumsanfechtung bei der Sachmängelhaftung — nicht zur Anfechtung führen kann. Es besteht also eine gewisse Ueberschneidung, die davon herrührt, daß der Begriff „Eigenschaft einer Sache" sowohl tatsächliche wie rechtliche Verhältnisse umfassen kann. Wenn daher in das Gebiet der Sachmängelhaftung durch die Irrtumsanfechtung kein Widerspruch hineingetragen werden soll, so kann eine Anfechtung wegen Irrtums neben Gewährleistungsansprüchen nur dann zugelassen werden, wenn die Eigenschaft nicht gleichzeitig einen auf tatsächlichen Verhältnissen beruhenden Sachmangel im Sinn der §§ 459ff. BGB. darstellt.

Beim Rechtskauf ist dagegen eine solche Unterscheidung bedeutungslos: Denn der einem Recht anhaftende Mangel kann niemals einen Sachmangel bedeuten. Eine entsprechende Anwendung der §§ 459ff. BGB. ist aber bei Rechten ebenfalls ausgeschlossen[2]). Eine Unterschei-

1) Vgl. § 21 der Arbeit.
2) Vgl. § 2 der Arbeit.

dung in dem eben dargelegten Sinn ist ferner dann nicht notwendig, wenn man der Ansicht ist, daß auch neben der Sachmängelhaftung die Irrtumsanfechtung zuzulassen ist. Wie man aber auch zu der Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung stehen mag, so ändert dies nichts an dem Ergebnis, daß Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung grundsätzlich nebeneinander bestehen können.

3. Eine andere Frage ist es allerdings, ob nicht in der Entscheidung für einen der beiden Rechtsbehelfe der Ausschluß des anderen liegt. Aus der Natur der Anfechtung folgt bereits, daß der Käufer, der angefochten hat, seine Erklärung nicht mehr nachträglich rückgängig machen und Rechtsmängelansprüche erheben kann. Denn der angefochtene Kaufvertrag ist endgültig nichtig und kann keine Ansprüche gewähren, welche die Gültigkeit des Vertrags zur Voraussetzung hätten[1]). Hat sich der Käufer dagegen für die Rechtsmängelansprüche entschieden, so kann er jedenfalls dann nicht mehr anfechten, wenn er seine Ansprüche mit Erfolg durchgesetzt hat. Hier ist jeder Grund für die Anfechtung weggefallen. Das gleiche muß auch gelten, wenn der Käufer auf Grund der Rechtsmängelhaftung seinen Rücktritt erklärt hat. Zweifel können jedoch dann auftauchen, wenn der Käufer — vom Rücktritt abgesehen — zunächst einen Gewährleistungsanspruch geltend macht, z. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert und vor der vollständigen Durchführung dieses Anspruchs zur Anfechtung übergeht. Dadurch daß er zunächst durch die Erhebung des Rechtsmängelanspruchs zu erkennen gegeben hat, daß er den Vertrag gelten lassen wolle, würde er sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er sich nun wegen des gleichen Mangels auf die Fehlerhaftigkeit und Nich-

1) Vgl. Riezler, a.a.O., § 18, III, 2; Enneccerus, a.a.O., I, § 164, II; Planck, a.a.O., § 119, IV 6c, γ; Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 32, 34.

tigkeit des Kaufs berufen wollte[1]). Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, daß ja auch beispielsweise im Falle des § 440, 325 BGB. der Käufer jederzeit vom Schadensersatzanspruch zum Rücktritt übergehen könne. Denn hier wird beide Male ein gültiger Vertrag vorausgesetzt, während bei dem Uebergang von Rechtsmängelansprüchen zur Anfechtung zunächst die Gültigkeit und dann die Ungültigkeit des Vertrags geltend gemacht wird. Aber auch, wenn man dieser Meinung nicht folgen sollte, so erscheint eine Anfechtung nach der Erhebung von Rechtsmängelansprüchen aus einem weiteren Gesichtspunkt ausgeschlossen: Die Anfechtung erfordert, daß sie unverzüglich erfolgt, nachdem der Käufer von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Von einer unverzüglichen Anfechtung wird man aber dann nicht reden können, wenn sich der Käufer zuerst auf Gewährleistungsansprüche beruft. Bei nicht schuldhaftem Zögern wäre er vielmehr imstande gewesen, die Anfechtung frühzeitiger und nicht erst nach den Rechtsmängelansprüchen zu erklären.

4. Freilich kann die alternative Zulassung der Irrtumsanfechtung neben der Rechtsmängelgewähr nicht in allen Fällen bejaht werden. Von dem Grundsatz der wahlweisen Geltendmachung sind vielmehr verschiedene Ausnahmen zu machen.

a) So haftet der Verkäufer eines Grundstücks nach § 436 BGB. nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und anderen zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeigneten Lasten. Das Gesetz stellt damit eine Ausnahmevorschrift auf, indem es die Haftung für öffentliche Lasten, die ebenfalls einen Rechtsmangel darstellen würden, ausdrücklich ausschließt. Es gibt damit zu erkennen, daß die sonst auf Grund der Rechtsmängelhaftung eintretenden Wirkungen nicht Platz greifen sollen. Infolgedessen kann der Käufer wegen einer öffentlichen Last auch vom Kaufvertrag nicht zurücktreten. Es würde aber dem Zweck des Gesetzes widersprechen, wenn ge-

1) Riezler, Planck, Staudinger, sämtlich a.a.O.

rade der vom Gesetzgeber beabsichtigte Ausschluß des Rücktritts dadurch umgangen werden könnte, daß an seiner Stelle der Käufer zur Anfechtung berechtigt ist. Wenn auch die Wirkungen von Rücktritt und Anfechtung nicht vollkommen übereinstimmen, so besteht doch zwischen ihnen eine so weitgehende Aehnlichkeit, daß der Käufer bei Durchführung der Anfechtung praktisch im wesentlichen die gleiche Rechtsstellung wie im Falle des Rücktritts erlangen könnte. Der Käufer kann sich zwar durch die Ausübung der Anfechtung im Gegensatz zum Rücktritt schadensersatzpflichtig machen[1]). Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß durch die Anfechtung über einen Umweg die vom Gesetz nicht gewollte Beseitigung des Vertrags zugelassen würde. Es muß deshalb im Falle des § 436 BGB. die Anfechtung wegen Irrtums als dem Sinn des Gesetzes widersprechend ausgeschlossen sein[2]).

b) Aehnlich ist die Rechtslage, wenn der Verkäufer mit dem Käufer eine Vereinbarung getroffen hat, durch die dem Verkäufer die Haftung für das Bestehen eines Rechtsmangels erlassen wird. Ein solcher vertraglicher Ausschluß der Rechtsmängelhaftung ist nur dann nichtig, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel arglistig verschwiegen hat (§ 443 BGB.). Haben aber die Parteien den Ausschluß der Haftung gültig vereinbart, so haben sie damit zu erkennen gegeben, daß sich der Käufer nicht auf das Vorliegen eines Rechtsmangels berufen soll. Das gilt in gleicher Weise sowohl für eine Vereinbarung wegen der Güte einer Forderung wie für den Ausschluß der Haftung wegen eines Rechtsmangels bei einem körperlichen Gegenstand. Es fragt sich daher, ob der Ausschluß der Haftung auch den Verzicht auf die Anfechtung in sich schließt. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint und ausgeführt, daß das Anfechtungsrecht nichts mit der Haftung des Vertragsgegners zu tun habe, da die Anfechtung

1) Vgl. § 17 der Arbeit.

2) Staudinger, a.a.O., § 436 Anm. 13; a. A.: J. W. 12, 850ff., zweifelnd OLG. 8, 58, vgl. auch Warneyer 09, 529.

allein auf dem Irrtum des Anfechtenden beruhe[1]). Eine Anfechtung sei nur dann ausgeschlossen, wenn beide Teile durch ihre Vereinbarungen erkennbar auch eine Anfechtung wegen Irrtums hätten unmöglich machen wollen[2]). Nun wird es aber in aller Regel so sein, daß die Parteien gar nicht an die Anfechtung dachten und nur klarstellen wollten, daß das Vorliegen eines etwaigen Rechtsmangels auf das Bestehen des Vertrags ohne Einfluß sein solle. Würde man trotzdem die Anfechtung zulassen, so könnte der Käufer an Stelle des Rücktritts sogar die Nichtigkeit des Vertrags herbeiführen. Damit würde aber letzten Endes wieder der gleiche Erfolg, nämlich Beseitigung des Vertrags, eintreten, den die Parteien ursprünglich gerade vermeiden wollten. Deshalb muß in dem vertraglichen Ausschluß der Rechtsmängelhaftung notwendig auch der Ausschluß der Anfechtung liegen[3]).

Wenn also auch die Zulassung der Irrtumsanfechtung neben der Rechtsmängelhaftung gewissen Beschränkungen unterliegt, so sprechen doch die angeführten Ausnahmen nicht gegen die grundsätzliche wahlweise Geltendmachung beider Rechtsbehelfe. Denn § 436 BGB. stellt eine Ausnahmevorschrift dar, während die Ausschließung der Anfechtung bei einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Rechtsmängelhaftung auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht.

5. a) Gewisse Einschränkungen ergeben sich auch bei einzelnen Sonderarten des Kaufs. So hat die Gewährleistung für Rechtsmängel beim Erbschaftskauf eine besondere Regelung erfahren. Nach § 2376 BGB. haftet der Erbschaftsverkäufer nur dafür, daß ihm das Erbrecht zusteht, daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanord-

1) JW. 09. 655 (Warneyer 09, 529), RGRK., a.a.O., § 119 Anm. 7.
2) JW. a.a.O., ebenso Seufferts Archiv 69 Nr. 167.
3) JW. 05, 79, vgl. auch Planck, a.a.O., § 119 Anm. 6c α a. E.

nungen bestehen und daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern eingetreten ist. Der Grund jener Beschränkung liegt darin, daß Gegenstand des Kaufvertrags die Erbschaft ist, so wie diese dem Verkäufer vom Erblasser her angefallen ist[1]). Soweit der Erbschaftsverkäufer auf Grund des § 2376 BGB. zur Rechtsmängelhaftung in den angegebenen Grenzen herangezogen werden kann, ist selbstverständlich auch eine Anfechtung wegen Irrtums möglich. Nach OLG. 33, 28[2]) kann die Anfechtung beim Erbschaftskauf sowohl wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften des Vertragsgegners (z. B. weil er nicht Alleinerbe war) als auch wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache (z. B. weil sie mit einem Rechtsmangel behaftet ist) erfolgen. Wenn der Verkäufer aber gemäß § 2376 BGB. von der Haftung für gewisse Rechtsmängel befreit ist, kann, um den Ausschluß der Gewährleisung nicht illusorisch zu machen, von dem Käufer insoweit auch nicht angefochten werden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Erbschaftsverkäufer, der tatsächlich Erbe geworden ist, für einen nach dem Abschluß des Kaufvertrags eingetretenen Rechtsmangel nach den allgemeinen beim Kauf geltenden Vorschriften der §§ 434ff. BGB. haftet[3]); bei solchen Rechtsmängeln ist dann auch wieder eine Anfechtung möglich.

b) Eine weitere Besonderheit ergibt sich im Falle des § 56 ZVG. Danach findet bei der Zwangsversteigerung eine Gewährleistung nicht statt. Anerkanntermaßen bezieht sich dieser Ausschluß in gleicher Weise auf Sach- und Rechtsmängel[4]). Die Gewährleistung wegen eines Rechtsmangels wird allerdings regelmäßig schon durch die Wirkungen der Zwangsversteigerung ausgeschlossen sein (§§ 55, 90, 91, 93, 130 ZVG.). Der Erwerber wird

1) Planck, a.a.O., § 2376 Anm. 1.

2) Vgl. auch Staudinger, a.a.O., § 2376 Anm. 2.

3) Planck, a.a.O.

4) Korintenberg-Wenz, a.a.O., § 56 Anm. 4; Jaeckel-Güthe, ZVG., § 56 Anm. 6, Steiner, ZVG., § 56 Anm. 4.

durch den Zuschlag Eigentümer, ohne daß es auf seine Gutgläubigkeit ankommt (§ 90 ZVG.). Rechte, die weder nach den gesetzlichen (§ 52 ZVG.) oder den besonderen Versteigerungsbedingungen (§ 59 ZVG.) bestehen bleiben sollen, kommen mit dem Zuschlag zum Erlöschen. Trotzdem ist die Vorschrift des § 56 ZVG. auch für Rechtsmängel nicht völlig bedeutungslos. So tritt danach beispielsweise eine Gewährleistung dann nicht ein, wenn das Grundstück mit Rechten belastet ist, die zwar nicht in das geringste Gebot aufgenommen sind, aber trotz ihrer Nichtberücksichtigung bestehen bleiben. Das gilt für nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten, die bereits bei der Anlegung des Grundbuchs bestanden und zu ihrer Entstehung nicht eingetragen werden mußten, sowie für Reallasten, die als Leibgedinge eingetragen sind (§ 52 Abs. 2 ZVG., § 9 EGZVG., § 27 Bayer. Ausf.Ges.)[1]. Meiner Ansicht nach muß aus den gleichen wie oben für die Geltung des § 436 BGB. dargelegten Gesichtspunkten auch für § 56 ZVG. geschlossen werden, daß infolge des Ausschlusses der Gewährleistung eine Anfechtung wegen Irrtums ebenfalls unmöglich ist.

Allerdings muß hier eine gewisse Einschränkung gemacht werden. Nach der herrschenden Meinung kann ein Gebot wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Versteigerungsgegenstandes angefochten werden[2]. Das gilt vor allem auch dann, wenn der Bieter mit einer ohne Berücksichtigung im geringsten Gebot bestehenbleibenden Last, z. B. einer Rentenbankgrundschuld, Industriebelastung usw. nicht gerechnet hat und bei verständiger Würdigung von seinem Gebot Abstand genommen hätte[3]. Aber auch hier gilt der Satz, daß die

1) Korintenberg-Wenz, a.a.O., § 56 Anm. 4, § 52 Anm. 3; Steiner a.a.O.

2) Steiner, a.a.O., § 71, 2b, § 56, 3, b, c; Jaeckel-Güthe, a.a.O., § 71 Anm. 14; Korintenberg-Wenz, § 71 Anm. 1, 2.

3) Jaeckel-Güthe, a.a.O. zweifelnd Steiner, a.a.O., § 71 Fußn. 3a; bejahend (für Irrtumsanfechtung) wegen Bestehens eines Stockwerkeigentums: AG. Immenstadt, Bay. Ztg. 30, 255.

Anfechtung unverzüglich nach Aufklärung des Irrtums zu erfolgen hat. Nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ist sie überhaupt ausgeschlossen[1]). Obwohl also die Gewährleistung für Rechtsmängel ausgeschlossen ist, kann der Ersteher bis zur rechtskräftigen Erledigung des Zwangsversteigerungsverfahrens durch Anfechtung des abgegebenen Gebots sich für die fehlenden Rechtsmängelansprüche einen gewissen Ausgleich verschaffen. Aber auch hier ist zu beachten, daß die Zulassung der Irrtumsanfechtung gegenüber dem Ausschluß der Rechtsmängelhaftung nur in der kurzen Zeit zwischen Verkündung und Rechtskraft des Zuschlages in Betracht kommen kann. Denn vor der Verkündung des Zuschlags wäre, auch wenn die Gewährleistungsansprüche nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden wären, ihre Geltendmachung schon deshalb unmöglich, weil die Rechtsmängelhaftung auch im Normalfall erst bei der Eigentumsübertragung eintritt; sie könnte also auch bei der Zwangsversteigerung frühestens mit der Verkündung des Zuschlags Platz greifen. Vor der Verkündung des Zuschlags wäre daher an sich, auch wenn die Gewährleistungsansprüche bestünden, nur eine Anfechtung des geringsten Gebots möglich. Nach der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ist aber ebenso wie die Gewährleistung auch die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen.

c) Der Vorschrift des § 56 ZVG. entspricht § 806 ZPO. Danach steht dem Erwerber, wenn ein Gegenstand auf Grund der Pfändung veräußert wird, ein Anspruch auf Gewährleistung wegen eines Mangels im Recht ebenfalls nicht zu. Die praktische Bedeutung des § 806 ZPO. ist allerdings nicht allzugroß, weil der Ersteher mit der Uebergabe der Sache durch den Gerichtsvollzieher ähnlich wie beim Zuschlag lastenfreies Eigentum erwirbt, ohne daß es auf seinen guten Glauben ankommt[2]). § 806 ZPO.

1) Wilhelmi, ZVG., § 71 Anm. 5; Steiner, a.a.O., § 71 Anm. 2; Jaeckel-Güthe, a.a.O.; RG. 54, 308; OLG. 6, 436.

2) Seuffert, ZPO., § 806 Anm. 3; Gaupp, ZPO., § 817, IV; Baumbach, ZPO., § 817 Anm. 3.

kann daher nur dann zur Anwendung kommen, wenn gegen wesentliche Erfordernisse der Pfändung oder der Versteigerung (z. B. § 808 ZPO.) verstoßen wird und der Ersteher trotzdem an die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens glaubt[1]). In diesem, sicher mehr theoretischen als praktischen Fall soll nach § 806 ZPO. eine Rechtsmängelhaftung nicht eintreten. Aus den bisher erörterten Grundsätzen ergibt sich, daß damit zwangsläufig auch die Irrtumsanfechtung nicht Platz greifen kann[2]).

§ 21. Die Ansichten in der Literatur und Rechtsprechung.

Zum Schluß dieses Abschnitts soll noch eine kurze Uebersicht über die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen gegeben werden, die sich mit der Zulassung der Irrtumsanfechtung neben Rechtsmängelansprüchen befaßt haben.

1. Auf dem Gebiet der Sachmängelhaftung lassen sich hinsichtlich der Irrtumsanfechtung im wesentlichen

1) Seuffert, Gaupp, a.a.O.

2) Nicht gehört hierher der Ausschluß der Irrtumsanfechtung bei der Aktienübernahme bezw. Aktienzeichnung. Es wird zwar allgemein anerkannt, daß die Uebernahme von Aktien im Gründungsstadium, gleichgültig aus welchem Grund, dann nicht angefochten werden kann, wenn die Gesellschaft schon eingetragen ist (v. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, Vorbem. III, vor § 16; Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, § 2 Anm. 9, Teichmann-Köhler, Aktiengesetz, § 16 Anm. 6a). Von einer Konkurrenz zwischen Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung kann aber hier schon deshalb nicht gesprochen werden, weil es sich bei der Aktienzeichnung nicht um einen Kaufvertrag, sondern um eine einseitige, empfangsbedürftige, körperschaftliche Erklärung handelt, welche die Mitgliedschaft an der künftigen AG. zum Inhalt hat und sich an die Oeffentlichkeit richtet (v. Godin-Wilhelmi, a.a.O., § 16 Anm. 8); eine Rechtsmängelhaftung kommt hier überhaupt nicht in Betracht. Anders ist es freilich bei dem im Geschäftsverkehr erfolgenden gewöhnlichen Kauf und Verkauf von Aktien, der sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Kaufrechts richtet. Hier gelten für die Gewährleistung teils die Vorschriften über Sach-, teils die über Rechtsmängel. Für die Irrtumsanfechtung bestehen keine Besonderheiten.

drei Ansichten feststellen, von denen allerdings zwei, wenn auch mit verschiedener Begründung, zu dem gleichen Ergebnis führen[1]). Die erste Ansicht spricht sich grundsätzlich für eine Zulassung der Irrtumsanfechtung neben den Sachmängelrechten aus. Sie wird nur von einer Minderheit vertreten[2]). Die Gegenmeinung verneint die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung aus praktischen Gründen, weil durch ihre Zulassung die Bestimmungen der Sachmängelhaftung, namentlich die kurze Verjährungsfrist, hinfällig würden[3]). Diese Richtung ist besonders durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts gefördert worden[4]). Zu teilweise demselben Ergebnis kommt auch die dritte Ansicht, welche die Irrtumsanfechtung vor allem deshalb ablehnt, weil sich nach ihr die Tatbestände des § 119 Abs. 2 BGB. und der §§ 459 ff. BGB. schon gegenseitig ausschließen[5]). Als herrschend kann die Meinung bezeichnet werden, welche die Irrtumsanfechtung nur insoweit ausschließt, als der Irrtum Eigenschaften betrifft, für die nach den besonderen Vorschrifen des Kaufrechtes gehaftet wird, im übrigen aber sie zuläßt[6]).

2. Für das Verhältnis der Irrtumsanfechtung zur Rechtsmängelhaftung lassen sich die bei den Sachmängeln zur Hervorhebung der Unvereinbarkeit beider Rechtsbehelfe verwerteten Gesichtspunkte größtenteils nicht ins Feld

1) Vgl. hierzu die reichhaltigen Literaturangaben bei Planck, § 459 Anm. 1a und Schröder, Die Sachmängelrechte des Käufers im System unseres Rechts, S. 24/25.

2) Oertmann, a.a.O., § 459 Anm. 2c; Cosack, a.a.O., § 127, VI, 2b, Crome, a.a.O., II, 220; Lent, a.a.O., I, S. 345 ff.; Schmidt, a.a.O., S. 109; Gmelin in Recht 07, 748; Kiehl in JW. 14, 503; Heinecke, a.a.O., Seite 36.

3) Staudinger, a.a.O., § 459; RGRK., § 459 Anm. 7; Soergel, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 4; Schneider in Arch ziv. Prax. 97, 145; Krückmann in Arch. ziv. Praxis 98, 420 ff.; v. Gierke, a.a.O., III, § 194, II 3.

4) RG. 61, 171; 62, 282; 70, 429; 97, 351; 135, 339 ff. (340); JW. 07, 134; 09, 268; 09, 655; 32, 1862.

5) Planck, a.a.O., § 459 Anm. 1a; Enneccerus, a.a.O., II § 335, III; Danz in l. J. 46, 463 ff.; v. Blume in Recht 07, 351.

6) Zahlreiche Literatur bei Wolzendorff in l. J. 64, 314 ff.

führen. Denn die praktischen Gesichtspunkte, welche die Irrtumsanfechtung neben den Sachmängelansprüchen ausschließen, fallen bei der Rechtsmängelhaftung weg[1]). Deshalb läßt auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller sowie die Rechtsprechung die Irrtumsanfechtung wahlweise neben den Ansprüchen aus der Rechtsmängelhaftung zu[2]). Dabei wird vor allem von der Erwägung ausgegangen, daß die Gesichtspunkte, welche bei den Sachmängeln für eine Ausschließung der Irrtumsanfechtung sprechen, bei der Rechtsmängelhaftung nicht zutreffen[3]). Deshalb darf aber nicht übersehen werden, daß die Zulassung der Irrtumsanfechtung neben den Rechtsmängelansprüchen letzten Endes nicht darauf zurückzuführen ist, daß hier die besonderen Vorschriften der Sachmängelhaftung nicht gegeben sind, sondern darauf, daß zwischen Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung eine ausschließende Form der Gesetzeskonkurrenz nicht vorliegt.

3. Vereinzelt wird auch die Auffassung vertreten, daß neben der Rechtsmängelhaftung eine Anfechtung wegen Irrtums nicht Platz greifen könne. So behauptet v. Tuhr[4]), daß die Interessen des Käufers durch die Rechtssätze über Rechtsgewähr genügend geschützt seien. Zu dieser Ansicht, die umso merkwürdiger erscheinen muß, als er umgekehrt unter gewissen Voraussetzungen die Anfechtung neben den Sachmängelansprüchen zuläßt[5]), kommt v. Tuhr deshalb, weil er, wie schon erwähnt, die rechtlichen Ver-

1) Vgl. § 18 der Arbeit.

2) Staudinger, a.a.O., § 440 Anm. 21; Planck, a.a.O., § 440 Anm. 9; RGRK., a.a.O., § 119 Anm. 7; Soergel, a.a.O., § 119 Anm. III, 5, § 440 Anm. 2; Warneyer, a.a.O., § 119 Anm. VIII (1930), § 119 Anm. VII (1938); Oertmann, a.a.O., § 119 Anm. IV, 6, c γ; Palandt, a.a.O., § 119 Anm. 4b; Achilles-Greiff, BGB., § 119 Anm. 11, § 440 Anm. 1; Fischer-Henle, a.a.O., § 119 Anm. 8, § 440 Anm. 1; Riezler, a.a.O., S. 148/149; Enneccerus, a.a.O., II, § 112, III, 2; Behling, a.a.O., S. 64 ff.; JW. 09, 132 (Seufferts Archiv 65, 117); 09, 655; 11, 533; OLG. 38, 79; Bay. Ztg. 27, 228.

3) Vgl. Warn. 09, 529; OLG. 38, 79.

4) A.a.O., II 1 S. 583.

5) A.a.O., II 1 S. 581, 582.

hältnisse einer Sache nicht als wesentliche Eigenschaften betrachtet[1]). Seine Meinung setzt sich aber mit der auf einer langjährigen Rechtsüberlieferung herausgewachsenen Definition des Eigenschaftsbegriffes in offenen Widerspruch, da die herkömmliche Auslegung nicht nur die tatsächlichen, sondern ebenso auch die rechtlichen Verhältnisse betont. Daß die Ansicht v. Tuhrs nicht aufrecht erhalten werden kann, ist bereits hervorgehoben worden. Auch v. Blume[2]) hat sich gegen die Zulassung der Irrtumsanfechtung neben der Rechtsmängelhaftung ausgesprochen. Er betont, daß ein Kaufvertrag zwar rückgängig gemacht werden kann, weil er nicht erfüllt worden ist, nimmermehr aber deshalb, weil eine rechtliche Eigenschaft, die beschafft werden sollte, nicht z. Zt. des Kaufabschlusses vorhanden war[3]). Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß die Rechtsmängelhaftung auf die Lastenfreiheit des verkauften Gegenstands abstellt. Der Käufer kann unter Umständen zwar Eigentum erwerben; beim Vorliegen eines Rechtsmangels besteht nur die Besonderheit, daß das Eigentum des Käufers eben durch das Drittrecht eingeschränkt, also nicht lastenfrei ist. Nach dem Kaufvertrag ist der Verkäufer allerdings verpflichtet, dem Käufer das uneingeschränkte volle Eigentum zu verschaffen. Wenn der Käufer einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache anficht, so ficht er aber nicht deshalb an, weil eine rechtliche Eigenschaft, die erst beschafft werden sollte, nicht vorhanden ist, sondern deshalb, weil das Eigentum an dem Kaufgegenstand durch das Bestehen eines Drittrechts sowohl bei Kaufabschluß als auch bei der Eigentumsübertragung beeinträchtigt wurde. Sobald man die rechtlichen Verhältnisse als Eigenschaften anerkennt, — und das tut auch v. Blume —, besteht kein Grund, hierfür die Anfechtung zu verweigern.

1) A.a.O., S. 538: Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Lippmann in Arch. ziv. Praxis, 102, 350 ff., der ebenfalls die Möglichkeit von rechtlichen Eigenschaften bestreitet. Vgl. § 6 der Arbeit.

2) Recht 07, 351 ff.

3) Recht, a.a.O.

4. Geteilt sind die Auffassungen, soweit es sich um die Zulassung der Irrtumsanfechtung neben der Vorschrift des § 436 BGB. handelt. Staudinger hält hier eine Anfechtung für unmöglich, weil § 436 BGB. eine besondere gesetzliche Ausnahmevorschrift darstelle[1]). Im Gegensatz dazu will v. Blume, der sonst die Irrtumsanfechtung neben den Rechtsmängelansprüchen ausschließt, gerade bei dem Bestehen öffentlicher Lasten eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums zulassen[2]).

Ebenso spricht sich das Reichsgericht in JW. 12, 850ff.[3]) trotz der Vorschrift des § 436 BGB. für eine Irrtumsanfechtung aus. Es begründet seine Ansicht allerdings nicht besonders stichhaltig im wesentlichen damit, daß bei einer öffentlichen Belastung die Voraussetzungen des § 459 BGB. nicht gegeben seien und daß daher auch der bei der Sachmängelhaftung eintretende Ausschluß der Irrtumsanfechtung nicht Platz greife. Im vorigen Kapitel ist bereits betont worden, daß die Zulassung der Anfechtung in den meisten Fällen zu demselben Ergebnis führen würde, das man durch den Ausschluß der Haftung für öffentliche Lasten vermeiden wollte. Aus diesem Grund kann meiner Ansicht nach bei öffentlichen Lasten auch eine Irrtumsanfechtung nicht in Frage kommen,

5. Während auf dem Gebiete des Sachkaufs, von den angeführten Gegenmeinungen abgesehen, im Endergebnis überwiegend die Irrtumsanfechtung neben der Rechtsmängelhaftung alternativ zugelassen wird, bestehen beim Rechtskauf, der ja auch Rechtsmängelansprüche nach sich ziehen kann, weitgehend darüber Meinungsverschiedenheiten, ob neben diesen Ansprüchen auch noch die Irrtumsanfechtung in Frage kommen soll. Aber auch

---

1) A.a.O., § 436 Anm. 13.

2) Recht, a.a.O.

3) = Warneyer, 12, 366, vgl. auch JW. 37, 1253 (KG.) wo das Bestehen der Hauszinssteuer allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechts, sondern des Sachmangels behandelt wurde. Offengelassen ist die Frage in OLG. 8, 58ff.

hier lassen sich verschiedene Grundansichten unterscheiden: Die eine Meinung hält eine Irrtumsanfechtung beim Rechtskauf grundsätzlich für ausgeschlossen; sie führt zur Begründung an, daß die Anfechtung nur bei verkehrswesentlichen Eigenschaften einer Sache möglich sei, eine ausdehnende Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB. auf Rechte sei ausgeschlossen[1]). Diese namentlich in der älteren Rechtssprechung des Reichsgerichts vertretene Ansicht kann als überholt bezeichnet werden, seitdem das Reichsgericht selbst in neueren Entscheidungen seine formalistische Stellungnahme aufgegeben hat. Eine Mittelmeinung scheute sich ebenfalls, eine ausdehnende Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. zu befürworten, wollte aber trotzdem die unbilligen Folgen der älteren reichsgerichtlichen Rechtssprechung vermeiden. Sie vertritt daher den Standpunkt, daß beim Rechtskauf zwar nicht auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB., wohl aber auf Grund des § 119 Abs. 1 BGB. wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung angefochten werden könne[2]). Demgegenüber betont die herrschende Ansicht, daß unter „Sache" im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. der Begriff „Geschäftsgegenstand" zu verstehen sei und § 119 Abs. 2 BGB. auch bei Rechten angewendet werden könne[3]). Aber auch trotz dieser ausdehnenden Auslegung bestehen immer noch Unklarheiten, inwieweit die Irrtumsanfechtung beim Rechtkauf neben der Rechtsmängelhaftung zuzulassen ist. Das ist vor allem eine Folge der verschiedenen Auffassungen über den Begriff „verkehrswesentliche Eigenschaft eines Rechts". Von seiner engen Auslegung des Wortes „wesentlich" ausgehend, hält v. Tuhr eine analoge Anwendung des

1) Soergel, a.a.O., § 119 Anm. 3, § 440 Anm. 2; RG. 73, 136 ff.; 86, 146; 95, 112 ff.; JW. 09, 684 (Warneyer 09, 528); 12, 742; 26, 1027 (KG.); Warneyer, 09, 134; 09, 529; 12, 287; 14, 271; Recht 12, 3028; 15, 816; Soergel, Rechtsprechung 16, § 119, Nr. 24, OLG, 22, 229; 39, 122; ZBlfG. 9, 468.

2) Soergel, a.a.O., § 119 Anm. 3b; RG. 95, 112.

3) Vgl. § 5 der Arbeit.

§ 119 Abs. 2 BGB. beim Rechtskauf schon deshalb für ausgeschlossen, weil die Eigenschaften eines Rechts nicht für Art und Gattung, sondern für den Wert des Rechts bestimmend und damit nicht wesentlich seien[1]). Auch diese Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden, wenn man von der heute herrschenden Auffassung, die zu den wesentlichen Eigenschaften auch die nur erheblichen Eigenschaften zählt, ausgeht. Während die von v. Tuhr vertretene Anschauung regelmäßig zu einer Ablehnung des § 119 Abs. 2 BGB. beim Rechtskauf führt, wird umgekehrt von der Gegenansicht eine Anfechtung bei allen verkehrswesentlichen Eigenschaften eines Rechts befürwortet. Dabei wird der Begriff „Eigenschaft" weit ausgelegt, sodaß auch wegen der Güte einer Forderung[2]), der Sicherheit einer Hypothek[3]) die Anfechtung erklärt werden kann[4]). Staudinger[5]) läßt eine Anfechtung bei Irrtum über Eigenschaften eines Rechts ebenfalls zu, verneint jedoch ihre Möglichkeit, weil und soweit der Verkäufer auf Grund seiner Gewährleistungspflicht haftet. Eine derartige Einschränkung erscheint jedoch überflüssig, wenn man den hier entwickelten Eigenschaftsbegriff zugrundelegt. Die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel des verkauften Rechts und die Irrtumsanfechtung können nebeneinander bestehen. Ein Widerspruch mit den §§ 437, 438 BGB. wird durch die Anfechtung deshalb nicht begründet, weil die Sicherheit und Güte einer Forderung keine Eigenschaft des verkauften Rechts ist, sondern in außerhalb der Forderung liegenden Verhältnissen wurzelt. Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums kommt in diesen Fällen ohne Rücksicht auf die Rechtsmängelhaftung schon von vornherein nicht in Betracht[6]). Damit ist aber

1) II, 1, S. 584, ebenso Seufferts Arch., 44, Nr. 172. § 7 d. Arb.
2) JW. 28, 368.
3) OLG. 10, 133; DRZ. Beil. 32, 84.
4) Warneyer, a.a.O., § 119, IV; Oertmann, a.a.O., I, S. 401; Kiehl in JW. 14, 497 ff.
5) A.a.O., § 437 Anm. 5.
6) Das RG. hat in einer Reihe von Entscheidungen die Anfechtung wegen Irrtums über die Sicherheit einer Hypothek aller-

die Besorgnis hinfällig, daß der Kauf durch die Anfechtung auch in den Fällen, in denen der Verkäufer keine vertragsmäßige Haftung für die Güte der Forderung übernommen und infolgedessen nur für ihren Bestand und ihr Freisein von Drittrechten einzustehen hat, wieder beseitigt werden könnte, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herausstellt. Ebensowenig wie die rechtlichen Verhältnisse einer Hypothek eine Eigenschaft des Grundstücks bedeuten können[1]), können beim Rechtskauf die wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse des mit dem Recht belasteten Gegenstands als Eigenschaften des verkauften Rechts angesehen werden[2]). Die neuere Rechtsentwicklung scheint diesen Gedanken zu bevorzugen; so ist in RG. 149, 235 ff. die Anfechtung wegen Irrtums über Rang, Verzinslichkeit, Fälligkeit und Unkündbarkeit einer verkauften Grundschuld anerkannt, dagegen wenigstens auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB. abgelehnt worden, soweit sich der Käufer einer Grundschuld über die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks geirrt hat. Danach können nur die unmittelbar wertbestimmenden Umstände, nicht auch die nur mittelbar wertbestimmenden Verhältnisse als verkehrswesentliche Eigenschaften angesprochen werden[3]). An dieser strengen Auffassung wird auch festzuhalten sein, da sonst die Gefahr besteht, daß jeder Irrtum, also auch der unbeachtliche Irrtum im Motiv zur Anfechtung führen kann[4]). Inwieweit der Käufer in solchen Fällen, abgesehen

---

dings nicht aus den hier aufgeführten Gründen, sondern weil die Hypothek keine Sache sei, abgelehnt, vgl.: Warn. 12, 287; RG. 75, 136 ff.

1) Warneyer, 09, 143; 31, 60.

2) RG. 149, 235 ff.

3) Roquette in JW. 36, 795.

4) Vgl. auch hierzu folgende Entscheidungen: Keine Eigenschaften sind: Bei einer Hypothek oder Grundschuld der Zinsrückstand der Vorbelastungen (Seuff. Arch. 87, 126; DRZ. Beil. 32, Nr. 84), bei einer Hypothek der Umstand, daß der Hypothekenschuldner seine Zinsen bisher pünktlich bezahlt hat (JW. 12, 137 ff.), bei einer Aktie

von der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. noch andere Rechtsbehelfe geltend machen kann (u. U. auch Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB.), soll im nächsten Kapitel besprochen werden.

IV. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung beim Kauf zu anderen Rechtsbehelfen außer § 119 Abs. 2 BGB.

§ 22. Das Verhältnis der Rechtsmängelhaftung zur Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 1 BGB. und wegen arglistiger Täuschung, zu Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, schuldhaftem Verhalten des Verkäufers und mangelnder Geschäftsgrundlage.

1. Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft berechtigt zur Anfechtung auch dann, wenn die irrige Vorstellung nicht in die Erklärung aufgenommen oder ihr erkennbar zugrundegelegt worden ist[1]). Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. insofern besonders bemerkenswert ist, als der Eigenschaftsirrtum seiner Natur nach einen Irrtum im Beweggrund darstellt[2]), der sonst im allgemeinen keinen Einfluß zu äußern vermag. In einigen Ausnahmefällen kann allerdings auch der Motivirrtum, abgesehen von § 119 Abs. 2

die mangelhafte Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze der AG. (RG. 59, 240ff.), bei einem Kux der Eintritt ungünstiger Ereignisse im Bergwerk (Gruchot 48, 100, auf jeden Fall nicht ohne weiteres), bei einem Geschäftsanteil der Umstand, inwieweit die Stammfirma in ihrer geschäftlichen Betätigung freie Hand behält (RG. 94, 277ff.) oder der Umfang des Gesellschaftsvermögens (RG. 86, 146), bei einer Forderung die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Recht 07, 1954), bei einer Hypothek die Unkündbarkeit der im Rang vorausgehenden Hypothek (Soergel Rechtsprechung 12, § 119, Nr. 12).

1) Fischer-Henle, a.a.O., § 119 Anm. 9; RG. 64, 249; JW. 12, 851, Seufferts Arch. 68, Nr. 2.

2) Enneccerus, a.a.O., I, § 157, III, Fischer-Henle a.a.O.

BGB., zur Anfechtung führen. Das ist dann der Fall, wenn der Irrtum im Beweggrund entweder in der Erklärung selbst Ausdruck gefunden hat oder wenn er erkennbar zur Grundlage der abgegebenen Willenserklärung gemacht worden ist[1]). Dann liegt nicht nur ein Irrtum im Motiv, sondern ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung selbst vor, der unter § 119 Abs. 1 BGB. fällt. Unter diesen Voraussetzungen kann ein Vertragsteil gegebenenfalls auch anfechten, wenn er sich nicht über verkehrswesentliche Eigenschaften, sondern über andere Umstände geirrt hat. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet ist es gerechtfertigt, daß der Käufer einer Grundschuld anfechten kann, wenn er sich bei dem Kaufangebot von den falschen Angaben des Verkäufers über die Höhe der Grundstücksfriedensmiete hat leiten lassen und diese Angaben den Kaufverhandlungen erkennbar zugrundegelegt hat[2]). Allerdings trifft hier eine Konkurrenz zwischen Rechtsmängelhaftung und Irrtumsanfechtung nicht zu, weil die Tatsache, daß ein Grundstück einen bestimmten Friedensmietertrag abwirft, nicht als Mangel oder Eigenschaft der Grundschuld, sondern nur als Eigenschaft des Grundstücks angesprochen werden kann. Es kann aber auch neben die Rechtsmängelhaftung sowohl die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 wie die nach § 119 Abs. 1 BGB. treten. Ist ein Grundstück mit mehreren Hypotheken belastet, so liegt ein Rechtsmangel vor, der die in § 434ff. BGB. begründeten Ansprüche nach sich zieht. Die Belastung stellt aber auch gleichzeitig eine verkehrswesentliche Eigenschaft[3]) dar, die nach § 119 Abs. 2 BGB. zur Anfechtung berechtigt. Dabei ist es gleichgültig, ob der Käufer seiner Vorstellung, daß beispielsweise das Grundstück über-

---

1) Staudinger, a.a.O., § 119 Anm. 52; RGRK., § 119 Anm. 2, Palandt, a.a.O., § 119 Anm. 3; RG. 75, 171; 94, 167; 95, 112ff.; 97, 140; 101, 53; 112, 329; 116, 17; 149, 235ff.; JW. 27, 1362; Seufferts Arch. 76 Nr. 4.

2) RG. 149, 235ff.

3) Zweifelnd Warneyer, 15, Nr. 197 = Recht 15, 2215.

haupt nicht belastet sei, irgendwie Ausdruck gegeben hat oder nicht. Wenn der Käufer aber gerade die Hypothekenfreiheit zur Grundlage des Kaufangebots und diesen Umstand für die Preisbemessung zum Inhalt der Kaufverhandlungen gemacht hat, wenn er endlich irgend wie zu erkennen gegeben hat, daß sein Gebot auf jener irrigen Vorstellung beruht, so liegt ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum über den Inhalt der Erklärung nach § 119 Abs. 1 BGB. vor, falls sich später herausstellt, daß tatsächlich Hypotheken auf dem Grundstück ruhen [1]). Der Käufer hat dann die Wahl, ob er nach § 434ff. BGB. vorgehen oder ob er auf Grund des § 119 Abs. 1 BGB. oder des § 119 Abs. 2 BGB. anfechten will. Freilich ist hier zu bedenken, daß der Käufer, der sich zur Anfechtung entschließt, in all den Fällen, in denen der Rechtsmangel zugleich eine verkehrswesentliche Eigenschaft bedeutet, günstiger gestellt sein wird, wenn er nicht nach § 119 Abs. 1 BGB., sondern nach § 119 Abs. 2 BGB. anficht. Denn dann hat er, von den sonstigen Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung abgesehen, nur das Vorliegen der verkehrswesentlichen Eigenschaft zu beweisen, während er bei einer Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB. den Nachweis zu führen hat, die irrige Vorstellung in den Inhalt seiner Willenserklärung aufgenommen worden ist.

2. Es ist auch möglich, daß der Verkäufer den Käufer durch eine arglistige Täuschung zum Abschluß des Kaufvertrags bewegt. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß er dem Vertragsgegner bewußt wahrheitswidrig vorspiegelt, es bestünde an dem Kaufgegenstand kein Drittrecht, oder dadurch, daß er das Vorliegen eines Rechtsmangels verschweigt. Allerdings setzt das bloße Verschweigen einer wahren Tatsache, um eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu rechtfertigen, immer voraus, daß eine Offenbarungspflicht bestanden hat [2]). Wenn auch

1) Bayer. Ztg. 27, 228; RG. 88, 278; 95, 112 (Höhe des Bezugsrechts).

2) RGRK., a.a.O., § 123 Anm. 2; Staudinger, a.a.O., § 123 Anm. 23.

§ 444 BGB. bestimmt, daß der Verkäufer über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes Auskunft zu erteilen hat, so kann doch eine allgemeine Offenbarungspflicht nicht schlechthin angenommen werden. Im Hinblick auf den zwischen Käufer und Verkäufer bestehenden Interessengegensatz ist es vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, ob nach der Verkehrsauffassung und nach den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsgebahrens von dem Verkäufer die Offenbarung von Umständen, die dem Käufer unbekannt sind, verlangt werden kann[1]). Treu und Glauben ist auch hier von ausschlaggebender Wichtigkeit. Allerdings wird gerade mit Rücksicht auf die Bedeutung eines Rechtsmangels von dem Verkäufer in der Regel erwartet werden dürfen, daß er dem Käufer von dem Bestehen Mitteilung macht. Es fragt sich nun, ob der Käufer dann anstelle der Rechtsmängelansprüche auch noch wegen arglistiger Täuschung anfechten kann. Bei den Sachmängeln wird die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung grundsätzlich bejaht[2]). Das Reichgericht will nur bei Gattungskäufen im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 477, 480 BGB. eine Konkurrenz und damit den Ausschluß der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gegenüber den Gewährleistungsvorschriften annehmen[3]). Die Literatur hält dagegen überwiegend auch in diesen Fällen eine Anfechtung für möglich[4]).

1) Staudinger, a.a.O., § 433 Anm. 117; RGRK., a.a.O., § 123 Anm. 2; Palandt, a.a.O., § 123 Anm. 2c, Vorbem. vor § 459 Anm. 2d; Soergel, a.a.O., § 123 Anm. 1, 1; RG. 62, 149; 77 314; 111, 233; Recht 12, 847; 12, 1429, 1737, 2144; Seuff. Arch. 86, Nr. 194; 87, Nr. 2, 18, 128; Warn. 33, 92; 34, 149; Starck in LZ. 18, 247.

2) Staudinger, a.a.O, § 123 Anm. 29, Vorb. vor § 459 Anm. 17; Planck, a.a.O., § 459 Anm. 1a; Soergel, a.a.O., § 123 Anm. V; RG. 96, 156; 104, 3; JW. 08, 492; 13, 197; Seuff. Arch. 68, Nr. 209; a. A. Gierke, a.a.O., § 194, II, 3e.

3) RG. 70, 423; 104, 3 (offen gelassen); Warn. 17, 81; 25, 162.

4) Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 17; RGRK., a.a.O., § 459 Anm. 7 B, e; Planck, a.a.O.; Palandt, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 2d; a. A. Soergel, a.a.O., § 123 Anm. V.

Bei den Rechtsmängeln sind die Gesichtspunkte, die von dem Reichsgericht zur Begründung seiner einschränkenden Ansicht beim Gattungskauf angeführt werden, nicht gegeben. Auch eine dem § 463 Satz 2 BGB. entsprechende Vorschrift kommt bei den Rechtsmängeln nicht zur Anwendung. Es ist mit Recht hervorgehoben worden, daß der arglistige Verkäufer keinen Schutz verdiene und daß daher dem getäuschten Vertragsgegner alle im Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen müßten [1]). Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Rechtsmängelhaftung gehen von verschiedenen Voraussetzungen aus. Die Anfechtung erfordert, daß der Verkäufer arglistig gehandelt und durch sein Verhalten auf den Willen des Käufers eingewirkt hat [2]). Die Rechtsmängelhaftung besteht dagegen ohne Rücksicht auf ein arglistiges Verhalten des Verkäufers schon dann, wenn dem Käufer der Rechtsmangel unbekannt war. Der Käufer kann, selbst wenn der Verkäufer den Rechtsmangel arglistig verschwiegen hat, zudem Gewährleistungsansprüche auch erheben, wenn das arglistige Verhalten des Verkäufers auf seine Willensbildung gar nicht eingewirkt hat. Für das Gebiet der Rechtsmängelhaftung ist die Arglist, abgesehen von § 443 BGB., wonach ein arglistig erschlichener Ausschluß der Haftung nichtig ist, ohne Bedeutung. Anders ist es bei den Sachmängeln, bei denen das Gesetz an das arglistige Verschweigen eines Fehlers besondere Rechte knüpft (§ 463 Satz 2 BGB.). Es bestehen daher keine Bedenken, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch neben den Rechtsmängelansprüchen zuzulassen [3]).

Dabei kann die Anfechtung unter Umständen auch dann durchdringen, wenn dem Käufer trotz des Vorliegens von Rechtsmängeln Rechtsmängelansprüche nicht zustehen. So hat das Reichsgericht angenommen, daß der Verkäufer

1) Starck, a.a.O.

2) Warneyer, 13, 111; RG. 96, 156; a. A. RG. 70, 423.

3) Vgl. auch Seufferts Archiv 70, 172 über arglistige Täuschung über den Wert einer Hypothek, ebenso JW. 12, 137; RG. 83, 245ff.

die Pflicht habe, dem Käufer ganz besonders drückende Schullasten, die an sich unter § 436 BGB. fallen, mitzuteilen, und auch hier eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für gerechtfertigt erklärt[1]). Allerdings wird man gerade mit Rücksicht darauf, daß die Vorschrift des § 436 BGB. nicht nur auf der Offenkundigkeit öffentlicher Lasten, sondern auch auf der diesbezüglichen Erkundigungspflicht des Käufers beruht, nur bei dem Vorhandensein außergewöhnlicher Umstände von einer Arglist des Verkäufers sprechen können[2]). Hat aber der Verkäufer arglistig gehandelt, dann ist es nur billig, wenn der getäuschte Käufer von dem Vertrag loskommen kann, selbst wenn er auf Grund der Rechtsmängelhaftung keine Ansprüche erheben kann. Die bei der Irrtumsanfechtung bestehende Besorgnis, daß in den Fällen, in denen die Rechtsmängelhaftung ausgeschlossen ist (§ 436 BGB.!), durch die Zulassung der Irrtumsanfechtung praktisch entgegen dem Willen des Gesetzes eine Haftung des Verkäufers herbeigeführt werde, trifft bei der arglistigen Täuschung nicht zu. Denn das Gesetz läßt den Arglistigen in jedem Fall für sein Verhalten einstehen.

Die wirksam erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hat, wie die Irrtumsanfechtung, die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Sie kann ebenso wie beim Irrtum auch das abstrakte Uebereignungsgeschäft ergreifen. Zu beachten ist, daß der betrügerische Verkäufer für die empfangene Gegenleistung verschärft nach § 819 Abs. 2 BGB. haftet und daher nicht vorbringen kann, er sei nicht mehr bereichert[3]). Ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Irrtumsanfechtung besteht darin, daß die in § 122 BGB. vorgesehene Schadensersatzpflicht nicht Platz greift. Es kann vielmehr umgekehrt gerade der Täuschende schadensersatzpflichtig werden. Allerdings besteht dieser

1) Recht 15, 2221.

2) Vgl. Recht, a.a.O. wo die Entscheidung nur auf den Umfang und die Erheblichkeit der bestehenden Lasten abstellt.

3) Staudinger, a.a.O., § 123 Anm. 49.

Schadensersatzanspruch des Käufers nicht schon auf Grund der Anfechtung. Diese gewährt nur einen Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach den Vorschriften der §§ 812ff. BGB.; nicht einmal der Ersatz des negativen Vertragsinteresses kann auf Grund der Anfechtung verlangt werden[1]). Die Schadensersatzpflicht des arglistigen Verkäufers folgt vielmehr entweder aus § 826 BGB. oder aus § 823 BGB. (§§ 263, 253 RStGB., § 823 Abs. 2 BGB.).

3. Damit erhebt sich gleichzeitig die Frage, ob neben den Rechtsmängelansprüchen auch die Vorschriften über unerlaubte Handlung Anwendung finden können. Der Grund, der für die wahlweise Zulassung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung spricht, daß nämlich der betrügerische Verkäufer keine Besserstellung beanspruchen könne, trifft auch hier zu. Deshalb ist der Käufer in solchen Fällen nicht auf die Rechtsmängelgewähr beschränkt, sondern kann auch nach den §§ 823ff. BGB. vorgehen. Das ist auch für das Gebiet der Sachmängelhaftung anerkannt worden[2]). Für die Rechtsmängel besteht erst recht kein Grund, von diesen Grundsätzen eine Ausnahme zu machen. Soweit der Käufer allerdings bereits durch die Rechtsmängelansprüche befriedigt ist, kann er nicht noch einmal Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung verlangen. Der Schadensersatzanspruch, der übrigens der kurzen Verjährungsfrist des § 852 BGB. unterliegt (bei der Rechtsmängelhaftung gewöhnliche Verjährung!), geht nach § 249 BGB. auf Herstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Daher kann der Käufer regelmäßig nicht das Erfüllungsinteresse, sondern nur das negative Vertragsinteresse fordern[3]). Denn in den meisten Fällen wäre der Ver-

1) Staudinger, a.a.O., § 123 Anm. 46, vgl. auch RGRK. a.a.O., § 123 Anm. 5a.

2) Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 8; RGRK., a.a.O., § 459 Anm. 7 B, f; Palandt, a.a.O., Vorbem. zu § 459 Anm. 2e.

3) Staudinger, a.a.O., § 123 Anm. 46; Palandt, a.a.O. § 123 Anm. 1c; Planck, a.a.O., § 123, IX, 1c; RG. 66, 335; 103, 154ff.

käufer keinen Betrug verübt hätte, überhaupt nicht zustandegekommen. Kann der Käufer aber nachweisen, daß der Kauf bei redlichem Verhalten des Verkäufers unter günstigeren Bedingungen abgeschlossen wäre, so ist ein Anspruch auf das positive Erfüllungsinteresse gegeben[1]). Das Reichsgericht hat allerdings bei arglistiger Täuschung über eine Eigenschaft eines körperlichen Gegenstands eine Ausnahme gemacht und wegen Gleichheit des Rechtsgrunds mit § 463 Satz 2 BGB. das Erfüllungsinteresse zugesprochen[2]). Jene Auffassung ist nicht unwidersprochen geblieben[3]). Sie kann aber bei den Rechtsmängeln schon deshalb nicht eintreten, weil sich § 463 BGB. nur auf Sach- und nicht auf Rechtsmängel körperlicher Gegenstände bezieht und außerdem auf den Kauf von Rechten ebenfalls nicht anwendbar ist[4]). Damit entfällt aber auch eine analoge Anwendung, wenn die Herbeiführung oder Verschweigung des Rechtsmangels gleichzeitig eine unerlaubte Handlung darstellt.

4. Zum Schluß soll noch kurz auf das Verhältnis der Rechtsmängelansprüche zu den allgemeinen Vorschriften für schuldhafte Vertragsverletzung und culpa in contrahendo eingegangen werden. Bei den Sachmängeln schließen die Gewährleistungsansprüche die allgemeine Haftung des Verkäufers nicht schlechthin aus, da sich diese nur auf die unmittelbare Wirkung der mangelhaften Lieferung beziehen[5]). Eine Haftung des Verkäufers kann sich sowohl aus positiver Vertragsverletzung als auch aus schuldhaftem Verhalten beim Vertragsschluß ergeben[6]).

1) RGRK., a.a.O., § 123 Anm. 5a; RG. 103, 51.

2) RGRK., a.a.O., § 123 Anm. 5b; Palandt, a.a.O.,; Kiehl in JW. 14, 502; RG. 66, 338; 103, 160; Warn. 12, 60; 15, 230.

3) Staudinger, a.a.O., § 123 Anm. 46; Planck, a.a.O., § 123 Anm. IX, 1d.

4) Warneyer, 09, 514; 12, 60; JW. 12, 137; Seuff. Arch. 70, 172.

5) Staudinger, a.a.O., vor § 459 Anm. 10; Palandt, a.a.O., vor § 459 Anm. 2b; RGRK., a.a.O., § 459 Anm. 7 B, g.

6) Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 10, 11; RGRK., a.a.O., § 276 Anm. 3; Soergel, a.a,O., § 276 Anm. I, 3; vgl. über die Rechtspr. des RG.: Plum in JW. 36, 1312 und die dort angeführten

Die Bedenken, die Staudinger gegen eine schrankenlose Anerkennung eines Schadenersatzanspruches aus §§ 275, 276 BGB. vor allem aus § 463 BGB. ableitet[1]), kommen bei den Rechtsmängeln nicht in Betracht, weil es hier an einer dem § 463 Satz 2 BGB. entsprechenden Vorschrift fehlt. Dagegen ist zu beachten, daß die Ansprüche, die der Käufer auf Grund der §§ 275, 276 BGB. erheben kann, in vielen Fällen auf Ersatz des gleichen Schadens gehen werden, den er auch nach den Vorschriften der Rechtsmängelhaftung (Verweisung des § 440 auf §§ 320 ff. BGB.) geltend machen kann. Dann ist aber eine besondere Berufung auf die allgemeinen Vorschriften überflüssig[2]). Im übrigen aber wird je nach dem Einzelfall auch bei Rechtsmängeln eine Haftung des Verkäufers für schuldhaftes Verhalten eintreten können[3]) [4]).

5. Auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (z. B. beide Parteien sind übereinstimmend davon ausgegangen, daß eine Grundschuld mit einem anderen Rang eingetragen sei[5]) kann zur Auflösung des Vertrags führen. Der bei der Sachmängelhaftung mit Recht angeführte Grund, daß der Berücksichtigung der mangelhaften Geschäftsgrundlage die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB. entgegenstehe[6]), fällt bei der der regelmäßigen Verjährung unterliegenden Rechtsmängelhaftung weg. Freilich ist die

Entscheidungen: JW. 34, 2904, RG. 135, 346, Seuff. Arch. 78, 18, DJZ. 31, 1516, JR. 30, 37 (gegen die Annahme einer allgemeinen Verkäuferhaftung, wenn sich das Verschulden auf Sacheigenschaften bezieht). A. A. RG. 129, 280; 52, 18; 53, 200; JW. 03, Beil. 69; JR. 28, 1575; 30, 1982; vgl. auch RG. 148, 286 ff. (296).

1) Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 459 Anm. 11.

2) Vgl. RGRK., a.a.O., § 459 Anm. 7, B g.

3) Vgl. RG. 88, 103 ff., wo allerdings die Haftung aus § 276 BGB. aus anderen Gründen abgelehnt wurde. Siber, a.a.O., S. 229.

4) Das kann vor allem dann bedeutungsvoll werden, wenn ein Schaden entstanden ist, der über den durch den Rechtsmangel bedingten Rahmen hinausgegangen ist, z. B.: der Käufer einer der Beschlagnahme unterworfenen Sache muß eine Strafe zahlen.

5) HRR. 34, 1009,

6) Locher, Arch. ziv. Praxis, 121, 98 ff.

Geltendmachung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage neben der Rechtsmängelhaftung nur dann möglich, wenn man tatsächlich von einer mangelhaften Geschäftsgrundlage sprechen kann. Dabei ergeben sich vor allem dadurch Einschränkungen, daß die Nichterreichung des Erfolgs wegen nichtordnungsgemäßer Geschäftsabwicklung nicht in den Bereich der Geschäftsgrundlage fällt[1]). Ist aber eine mangelhafte Geschäftsgrundlage gegeben, so bewirkt diese nicht Nichtigkeit oder Unwirksamkeit, sondern gibt das Recht, den Vertrag, sei es durch Rücktritt, sei es durch Kündigung aufzuheben[2]).

V. Teil.

Rechtsmängelhaftung und andere Rechtsbehelfe außerhalb des Kaufs.

§ 23. Rechtsmängelhaftung und andere Rechtsbehelfe bei Miete und Schenkung.

Auch bei außerhalb des Kaufvertrags liegenden Rechtsverhältnissen kann eine Rechtsmängelhaftung eintreten[3]). Hier sollen nur noch kurz zwei der wichtigsten Gebiete, nämlich Miete und Schenkung, herausgegriffen werden.

1. Der Vermieter haftet nach § 541 BGB. dafür, daß dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache durch das Recht eines Dritten nicht ganz oder zum Teil entzogen wird. Die Haftung bezieht sich dabei allerdings nur auf Privatrechte Dritter, die den Mieter ganz oder teilweise von dem Gebrauch der Mietsache aus-

1) Locher, Arch. ziv. Praxis, 121, 88ff.

2) Locher, Arch. ziv. Prax. 121, 106ff.; a. A. v. Tuhr in LZ. 21, 153, der Unwirksamkeit annimmt.

3) Vgl. § 1 der Arbeit.

schließen (z. B. Nießbrauch). Andere Rechte an der Mietsache (z. B. Belastung mit einer Hypothek) führen keine Haftung herbei[1]). Ist der Rechtsmangel z. Zt. der Ueberlassung der Mietssache vorhanden, so hat der Mieter, abgesehen von dem Anspruch auf Vertragserfüllung[2]), das Recht auf Mietzinserlaß, bezw. Mietzinsminderung (§§ 541, 537 BGB.). Statt dessen kann der Mieter auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel bei Vertragsabschluß vorhanden war oder wenn er im Laufe der Miete durch einen vom Vermieter zu vertretenden Umstand herbeigeführt wurde oder wenn der Vermieter mit seiner Beseitigung in Verzug geriet (§§ 541, 538 BGB.). Die Rechte des Mieters wegen eines Rechtsmangels entsprechen daher den Ansprüchen, die beim Vorliegen eines Sachmangels gegeben sind. Gegenüber dem Kauf besteht der Unterschied, daß eine Möglichkeit, den Vertrag rückgängig zu machen, weder bei Sachmängeln, noch bei Rechtsmängeln gegeben ist[3]). Der Käufer kann zwar nach § 542 BGB. auch fristlos kündigen, aber die Kündigung wirkt doch nur ex nunc; sie ist kein Ersatz für die rückwirkende Auflösung eines Vertrags[4]). Aus diesem Grund wird auch die Anwendung des § 119 BGB. durch die Sonderregelung der §§ 537, 538 BGB. nicht ausgeschlossen[5]). Die Zulassung der Anfechtung darf dabei nicht auf Sachmängel beschränkt, sondern muß auch auf Rechtsmängel ausgedehnt werden. Das gilt umsomehr, als ja auch bei Rechtsmängeln die Vorschriften über die Sachmängelhaftung des Vermieters zur Anwendung kommen. Bei den Sachmängeln tritt allerdings eine Haftung des

1) Staudinger, a.a.O., § 541 Anm. 3—5; RGRK., a.a.O., § 541 Anm. 1; Planck, a.a.O., § 541 Anm. 1.

2) Staudinger, § 537 Anm. 2; RGRK., § 541 Anm. 3.

3) RG. 157, 173ff. (174).

4) RG. a.a.O.

5) Staudinger, a.a.O., § 537 Anm. 4; Planck, a.a.O., Vorbem. 2 vor § 537; RGRK., a.a.O., § 537 Anm. 1; Palandt, a.a.O., § 537 Anm. 1; Mittelstein, Die Miete, S. 200ff. (202); RG., a.a.O.; JW. 14, 590, (591).

Vermieters dann nicht ein, wenn der Mieter grob-fahrlässig den Mangel nicht erkannt hat (§ 539 Satz 2 BGB.) Die Anfechtung könnte dagegen auch bei grobfahrlässigem Irrtum erfolgen[1]). Es wäre daher zu bedenken, ob in diesem Fall nicht auch das Anfechtungsrecht hinfällig wäre[2]). Diese Erwägung trifft aber bei den Rechtsmängeln nicht zu, denn hier schließt nur wirkliche Kenntnis, nicht auch grobfahrlässige Unkenntnis die Rechte des Mieters aus[3]). (Verweisung des § 541 BGB. auf § 539 Satz 1 BGB.). Andererseits ist jedoch bei den Rechtsmängeln zu beachten, daß sich die Haftung nicht wie beim Kauf auf jeden Rechtsmangel, sondern nur auf solche Rechte bezieht, die den Gebrauch des Mieters einschränken. Diese Regelung muß sich auch bei der Zulassung der Anfechtung auswirken. Der Mieter kann daher zwar anfechten, wenn ihm durch den Nießbrauch eines Dritten der Gebrauch der Mietsache ganz oder teilweise entzogen wird; die Anfechtung ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Mietsache mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet ist, die auf den Besitz des Mieters ohne Einfluß ist. Trotzdem wird man nicht von einer besonderen Einschränkung der Anfechtung sprechen können. Denn die Anfechtung kann ja immer nur erfolgen, wenn eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegt. Beim Kauf kann die Belastung mit einer Hypothek verkehrswesentlich sein, bei der Miete ist dagegen der gleiche Umstand für den Mieter meistens bedeutungslos. Es wird also in den Fällen, in denen eine Rechtsmängelhaftung des Vermieters nicht eintritt, auch regelmäßig keine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen. Zudem setzt die Anfechtung immer voraus, daß die Erklärung von dem Irrenden bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden wäre. Auch dieses Erfordernis wird bei einem Rechtsmangel, der den Mieter

1) Vgl. § 9 der Arbeit.

2) RG. 157, 174.

3) Staudinger, a.a.O., § 541 Anm. 15; Palandt, a.a.O., § 541 Anm. 2; OLG. 16, 421,

in dem Gebrauch der Sache nicht behindert, nicht nachgewiesen werden können.

Neben der Irrtumsanfechtung können dem Mieter auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung[1]), Ansprüche aus unerlaubter Handlung[2]), aus schuldhaftem Verhalten bei Vertragsschluß oder aus positiver Vertragsverletzung[3]) zur Seite stehen. Auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage kann in Betracht kommen.

2. Ein weitgehender Ausschluß der Rechtsmängelhaftung tritt bei der Schenkung ein. Dem Grundsatz entsprechend, daß der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 521 BGB.), haftet er für einen Rechtsmangel an dem in seinem Vermögen befindlichen Gegenstand nur, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 523 Abs. 1 BGB.). Der Anspruch des Beschenkten geht aber auch in diesem Fall nur auf das negative Vertragsinteresse[4]). Es würde dem Sinn des Gesetzes widersprechen, wenn der Beschenkte, abgesehen von dem Falle der Arglist, wegen eines Rechtsmangels an dem geschenkten Gegenstand anfechten könnte. Es kommt höchstens eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Betracht. Zudem ist die Schenkung ein streng einseitiger Vertrag, der nur den Schenker zu Leistungen verpflichtet und bei dem der Beschenkte schon deshalb der Anfechtung nicht bedarf[5]). Hat allerdings der Schenker die Leistung eines Gegenstands versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Rechtsmangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sofern der Mangel dem Schenker bei dem Erwerb der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahr-

1) Staudinger, a.a.O., § 537 Anm. 4; RGRK., a.a.O., § 537 Anm. 1; Planck, a.a.O., Vorbem. 2 vor § 537; JW. 14, 591, vgl. Mittelstein, a.a.O., S. 193.

2) Staudinger, a.a.O., § 538 Anm. 5; Mittelstein, a.a.O., S. 195.

3) Soergel, a.a.O., § 538 Anm. 4.

4) RGRK., a.a.O., § 523 Anm. 2.

5) Vgl. auch Lippmann in Arch. ziv. Prax. 102, 378, Fußnote 78.

lässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 523 Abs. 2 BGB.)[1]. Aber auch hier ist eine Anfechtung des Schenkungsversprechens wegen Irrtums durch den Beschenkten regelmäßig schon deshalb unmöglich, weil sich die Anfechtung nur auf das Fehlen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung beziehen könnte. Bei der Eingehung des Schenkungsversprechens war aber der versprochene Gegenstand noch gar nicht im Eigentum des Schenkers; damit stand jedoch auch noch nicht fest, ob er bei Uebertragung auf den Beschenkten mit einem Rechtsmangel und damit mit einer verkehrwesentlichen Eigenschaft belastet sein werde.

Mit den vertraglichen Ansprüchen können, wenn dies auch wenig praktisch werden wird, deliktische Ansprüche des Beschenkten konkurrieren. Da aber der Schenker nicht für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat, kann er er auch wegen einer mit der Schenkung verbundenen unerlaubten Handlung nur in Anspruch genommen werden, wenn er grobfahrlässig gehandelt hat[2][3]. Auch die allgemeinen aus Verschulden bei Vertragsschluß herrührenden Ansprüche können nur bei grober Fahrlässigkeit erhoben werden[4].

1) Unter den Voraussetzungen des § 523 Abs. 2 BGB. kann auch Beseitigung des Mangels gefordert werden.

2) Ebenso bei § 600 BGB.

3) Planck, a.a.O., Vorbem. vor § 823 Anm. 5b β; RGRK., a.aO., Vorbem. vor § 823 Anm. 4a; Staudinger, a.a.O., Vorbem. vor § 823 Anm. IIIb.

4) Palandt, a.a.O., § 276 Anm. 6b.